حاشية ابن عابدين

رد المحتار على الدر المختار

لمحمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين

المتوفى سنة ١٢٥٢هـ

حقق نصوصه وعلق عليه ثلة من الباحثين بإشراف

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد جمعية الفتح الإسلامي

قدم له

فضيلة العلامة الشيخ
عبد الرزاق الحلبي

فضيلة الأستاذ الدكتور
محمد سعيد رمضان البوطي

طبعة مقابلة على ثلاث نسخ خطية منقولة عن أصل المؤلف
مع توثيق النصوص في مصادرها المخطوطة والمطبوعة
«مضافاً إليها تقريرات الرافعي في مواضعها من الأبحاث»

معهد جمعية الفتح الإسلامي بدمشق

شعبة البحوث والدراسات

الجزء الثامن

قسم الأحوال الشخصية

النكاح



حاشية ابن عابدين

رد المحتار على الدر المختار



الطبعة الأولى

١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م

الموضوع: الفقه الحنفي

العنوان: حاشية ابن عابدين "رد المحتار على الدر المختار"

التأليف: محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين

التحقيق: الدكتور حسام الدين بن محمد صالح الفرفور

الإخراج: خلدون موفق التشة

الإشراف الطباعي: مكتب دار الثقافة والتراث للتحقيق

التنفيذ: مؤسسة الرازي للطباعة والتجليد

عدد الصفحات: ٦٧٦ صفحة

قياس الصفحة: ٢١× ٢٨

عدد النسخ: ١٠٠٠ نسخة

موافقة وزارة الإعلام رقم: ٤٩٠٧٥ بتاريخ ٩/ ١٠/ ٢٠٠٠م

دار الثقافة والتراث ـ دمشق ـ سورية ص . ب ٨٢٣٥

هاتف ٢٢٤٠٧٣٩ ـ ٤٤٢٤٠٨٦ ـ فاكس: ٣٧٣٧٣٨٩

يطلب من: دار الثقافة والتراث بدمشق للطباعة والنشر والتوزيع ص . ب ٨٢٣٥

هاتف ٢٢٤٠٧٣٩ ـ ٤٤٢٤٠٨٦ ـ فاكس: ٣٧٣٧٣٨٩

الموزعون:



دمشق – ص.ب: ٦٦٢٥ – هاتف: ٢٢١٢٧٧٣ – ٢٢٤٨٩٦٦ – فاكس: ٢٢٣٤٣٠٥

e – mail:mzd @ net.sy

بيروت – ص.ب: ١١٧٤٦٠ – هاتف: ٨١٥١١٢ – ٣١٩٠٣٩ – فاكس: ٨١٨٦١٥

web: www. resalah. Com – e – mail: resalah @ resalah. Com

عمان – ص.ب: ١٨٢٠٧٧ – هاتف: ٤٦٥٩٨٩١ – ٤٦٥٩٨٩٢ – فاكس: ٤٦٥٩٨٩٣

القاهرة – ص.ب: ٦٣٢ رمز: ١١٥١١ – هاتف: ٣٩٠٦٧٧٧ – فاكس: ٣٩٥٦٨٠٤

الرياض – ص.ب: ٩٦٥٧٩ رمز: ١١٦٥٤ – هاتف: ٤٠٢٥١٩٧ – فاكس: ٤٠٢٢٦١٥

اليمن – صنعاء – ص.ب: ٥٤٤ – هاتف – فاكس: ٢٧٥٣٢٢



دار البشائر

للطباعة والنشر والتوزيع

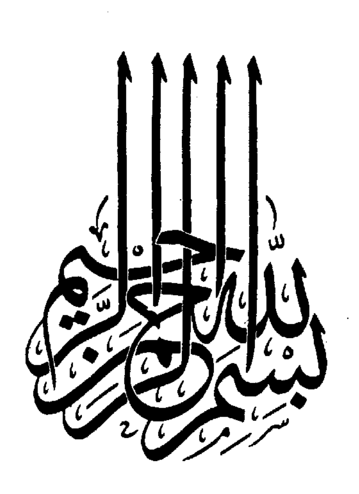
دمشق ـ ص.ب ١٩٢٦ ـ هاتف: ٢٣١٦٦٦٨/٩



للطباعة والنشر والتوزيع

دمشق – حلبوني – ص.ب ٣٥٥٣٩ – هـ ٢٢٣٣٦٩١

Damascus - Halbouni - P.O.Box 35539 - Tel.2233691


بسم الله الرحمن الرحيم

المشرف على التحقيق

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصيّة في معهد الفتح الإسلامي

شارك في التحقيق

أحمد سامر القباني	أيمن شعباني	خضر شحرور	برهان الدين السقرق
أحمد السيد أحمد	رامز القباني	عبد القادر علي بلمو	عبد الهادي محمد منصور
	عبد الرحمن ناصر	سميح إبراهيم صالح	

ساعد في بعض الأعمال العلمية:

محمد عماد قلب اللوز	محمد شحرور	عمر ذي النون	بهاء القباني
نوري الجمل	عبد السلام شاكر	محمد القباني	رضوان محفوض



﴿كتابُ النِّكاح﴾

ليس لنا عبادةٌ...

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتابُ النِّكاح﴾

ذكَرَهُ عقبَ العباداتِ الأربعِ أركانِ الدِّين لأنه بالنِّسبة إليها كالبسيطِ إلى المركَّب؛ لأنَّه عبادةٌ من وجهٍ معاملةٌ من وجهٍ. وقدَّمَهُ على الجهادِ وإن اشتركا في أنَّ كلاً منهما سببٌ لوجود المُسْلِم والإسلام؛ لأنَّ ما يحصلُ بأنكحةِ أفراد المسلمين أضعافُ ما يحصلُ بالقتال، فإنَّ الغالب في الجهاد حصولُ القتلِ والذِّمَّةِ، على أنَّ في كونه سبباً لوجودِ المُسْلِم تسامحاً، نظراً إلى أنَّ تجدُّدَ الصِّفة بمنزلةِ تجدُّدِ الذَّات، وكذا على العتق والوقف والأضحية وإنْ كانت عباداتٍ أيضاً؛ لأنَّه أقربُ إلى الأركان الأربع، حتَّى قالوا: إنَّ الاشتغالَ به أفضلُ من التَّخلِّي لنوافلِ العبادات، أي: الاشتغالَ به وما يشتملُ عليه من القيامِ بمصالِحِه وإعفافِ النَّفْس عن الحرام وتربيةِ الولد ونحوِ ذلك.

[١١٠٩٤] (قولُهُ: ليس لنا عبادةٌ إلخ) كذا في "الأشباه"[(١)]، وفيه نظرٌ:

أمَّا أوَّلاً: فإنَّ كونه عبادةً في الدُّنيا إنما هو لكونه سبباً لكثرةِ المسلمين، ولِما فيه من الإعفاف

﴿كتاب النكاح﴾

(قولُهُ: وفيه نظرٌ إلخ) قد يقالُ: ليس في الكلام ما يدُلُّ على دعوى استمرار النِّكاحِ في الجَنَّة على وَجْهِ العبادة، بل العبارةُ صادقةٌ بوجُودِهِ فيها وإنْ كان لا على وَجْهِها، وحينئذٍ فلا يَرِدُ الوجهُ الأوَّلُ، فيَكْفِي لصدقِ هذا وُجُودُه في الجَنَّة على أيِّ وَجْهٍ، أو يقالُ بوُجُودِهِ فيها على وَجْهِ العبادة أيضاً باعتبار أنَّه مِن إحساناتِهِ تعالى لعبيده وقَبولُها ممَّا يُتَعَبَّدُ به؛ فإنَّ الكريمَ يَرْغَبُ قَبُولَ إحسانِهِ، فالعبادةُ فيه حينئذٍ عبادةُ شُكْرٍ وإن كانت عبادةَ تَكْليفٍ بالنِّسبة للدُّنيا، كما أنَّ الإيمانَ عبادةٌ بطريق المُشَاهَدَة والعِيَان لا بطريق التَّكليف كما في حال الدُّنيا.

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني ـ الفوائد ـ كتاب النكاح صـ٢٠٥ـ.

....

ونحوِهِ مما ذكرناه[١]، وهذا مفقودٌ في الجنَّة، بل ورَدَ: ((أنَّ أهل الجنَّة لا يكونُ لهم فيها ولدٌ))[٢]، لكنْ ورَدَ في حديثٍ آخر: ((المؤمنُ إذا اشتَهَى الولدَ في الجنَّة كان حَمْلُهُ ووضعُهُ وسِنُّهُ في ساعةٍ واحدةٍ كما يشتهي))، وهذا أَولى؛ لقول "الترمذيِّ": ((إنَّه حديثٌ حسنٌ غريبٌ))[٣].

وأمَّا ما أورَدَه ثانياً فغير واردٍ؛ فإنَّ موضوعَ القضيَّة فيما شُرِعَ مِن عَهْدِ آدم، وهما من المشروع قبلَهُ، تأمَّل. وعلى هذا يقالُ: عَدَّ الإيمانَ مع النِّكاح مع أنَّه مشروعٌ قبلَ آدم، وقد يظهرُ الجوابُ بالتَّأمُّل، بأن يُرَادَ بالإيمان الإيمانُ بما جاءت به الرُّسُلُ، وهو لَمْ يُشرَع إلاَّ من عَهْدِ آدم، بخلاف الذِّكر والشُّكر لشَرْعِهما قبلَهُ. ولك أنْ تقولَ: المرادُ بالنِّكاح الأثرُ المترتِّبُ على العَقْد، وهذا كالإيمان مُستمِرٌّ في الجنَّةِ، بخلاف الذِّكْر والشُّكْر الموجودين فيها؛ فإنَّهما حادثان غيرُ الموجودين في الدُّنيا.

---

(١) أي: أول الباب.

(٢) أخرجه عبد الله بن أحمد ٤/١٣ـ ١٤، وابن أبي عاصم في "السُّنة" (٦٣٦)، والطبَّراني ٢١١/١٩ وصححه الحاكم ٥٦٠/٤ كتاب الأهوال، وأبو نُعيم في "صفة الجنة" ٢٠٧/٣، كلهم عن دَلهم بن الأسود عن أبيه وقيل جده عن عمه لقيط بن عامر أبي رَزين العقيلي مرفوعاً، ثم قال دَلهم: وحدثنيه أبي عن عاصم بن لقيط أن لقيطاً ـ مرسل ـ والحديث طويل وفيه: ((تلذوهن غير أن لا توالد)).

وهذا الحديث استغربه ابن كثير وابن حجر، وقال ابن القيم في "زاد المعاد" ٦٧٧/٣: لم ينكره أئمة الحديث بل تلقوه بالقبول.

(٣) أخرجه أحمد ٩/٣ـ٨١، والترمذي (٢٥٦٣) كتاب صفة الجنة ـ باب ما جاء ما لأدنى أهل الجنة من الكرامة، وابن ماجه (٤٣٣٨) كتاب الزهد ـ باب صفة الجنة، والدارمي ٧٩٤/٢ كتاب الرقاق ـ باب في ولد أهل الجنة، وابن حبان (٧٤٠٤) كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة ـ باب وصف الجنة وأهلها، وأبو يعلى (١٠٥١) كلُّهم من طريق عامر الأحول عن أبي الصديق الناجي عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً، قال الترمذي: حسن غريب، وقال ابن القيم في "حادي الأرواح" صـ٣١٢ـ: إسنادُ حديثِ أبي سعيد على شرط الصحيح، فرجاله محتجٌّ بهم فيه، ولكنه غريب جداً.

وقال الترمذي: وقد اختلف أهل العلم في هذا، فقال بعضهم: في الجنة جماع ولا يكون ولد، هكذا روي عن طاوس، ومجاهد، وإبراهيم النخعي، وقال محمد ـ يعني البخاري ـ قال إسحاق بن إبراهيم في حديث النبي ﷺ: ((إذا اشتهى المؤمن الولد في الجنة كان في ساعة واحدة كما يشتهي، ولكن لا يشتهي)). قال محمد: وقد روي عن أبي رزين العقيلي عن النبي ﷺ قال: ((إنَّ أهل الجنة لا يكون لهم فيها ولد)). وقال المناوي في "فيض القدير" ٢٥٨/٦: والمراد أن ذلك يكون إن اشتهى كونه، لكنه لا يشتهي ذلك فلا يولد له، فلا تعارض بينه وبين خبر العقيلي بسند صحيح: ((إنَّ الجنة لا يكون فيها ولد))، وانظر "حادي الأرواح" لابن القيم صـ٣١٢ ـ ٣٢١ـ.

شُرِعَتْ[١] من عَهْدِ آدمَ إلى الآنَ، ثمَّ تستمرُّ في الجنَّةِ إلاَّ النِّكاحُ والإيمانُ.

(هو) عند الفقهاءِ (عَقْدٌ يفيدُ مِلْكَ المتعةِ)........................

وأمَّا ثانياً: فلأنَّ الذِّكر والشُّكر في الجنَّة أكثرُ منهما في الدُّنيا؛ لأنَّ حال العبد يصيرُ كحالِ الملائكة الذين يُسبِّحون اللَّيلَ والنَّهارَ لا يَفْتُرُون، غايتُهُ أنَّ هذه العبادةَ ليست بتكليفٍ، بل هي مقتضى الطَّبعِ؛ لأنَّ خدمة الملوكِ لذَّةٌ وشرفٌ، وتزدادُ بالقُرْب، وتمامُهُ في "حاشية الحمويِّ"[٢] على "الأشباه".

[١١٠٩٥] (قولُهُ: عَقْدٌ) العَقْدُ: مجموعُ إيجابِ أحدِ المتكلِّمَين مع قبولِ الآخرِ، أو كلامُ

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ليس لنا عبادة شرعت إلخ، أقول: الظاهر أنَّ المراد بالنكاح هنا الوطءُ لا العقدُ، وإن كان حقيقةً في العقد عندنا. قال "البغوي" في تفسير قوله عز وجل: ﴿وَزَوَّجْنَـٰهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾ أي: قرنّاهم بهنَّ، ليس من عقد التزويج؛ لأنّه لا يقال: زوّجته بامرأة. وقال أبو عبيدة: جعلناهم أزواجاً كما يزوَّجُ النَّعلُ بالنَّعلِ أي: جعلناهم اثنين اثنين، انتهى. بقي أن يقال: النِّكاحُ بمعنى الوطء إنَّما كان عبادةً في الدنيا باعتبار قصد الناس المطلوب شرعاً، وذاك مفقود في الآخرة، فليحرَّر.

هذا وقد وقع سؤالٌ للعلامة "محمد بن أبي شريف" الشافعي صورتُهُ: هل في الجنة تزوُّجٌ وولادةٌ كحال الدنيا؟ أم حالُ الآخرةِ بخلاف حال الدنيا؟ فأجاب: قد وقع خلافٌ من السلف في الولد، فقال بعضهم: يكون الحمل والوضع والسِّنُّ في ساعة واحدة، واستندوا في ذلك إلى ما رواه الترمذي من حديث أبي سعيد الخدري: ((المؤمن إذا اشتهى الولد في الجنة كان حمله ووضعُهُ وسِنُّهُ في ساعةٍ واحدةٍ كما يشتهي)) قال "الترمذي": حديث حسن غريب.

وقال بعضهم: يكون جماعٌ ولا يكون ولدٌ، واستندوا إلى حديث في "التذكرة" أورده عن أبي رزين العقيلي عن النبي ﷺ قال: ((إنَّ أهل الجنة لا يكون لهم فيها ولد))، والحديثُ الأوَّلُ أولى لتحسين الترمذي له.

وأما التزويج فلم أرَ حين هذه الكتابة حديثاً مصرِّحاً بعقد النكاح في الجنة كهيئة الدنيا، نعم روى الطبراني في "الكبير" و"الأوسط" عن أمِّ سلمة، ولفظُهُ: ((قلت: يا رسول الله المرأةُ تتزوَّجُ زوجين والثَّلاثَ والأربعَ في الدنيا، ثمَّ تموت فتدخل الجنة ويدخلون معها، مَنْ يكونُ معها؟ قال: يا أمَّ سلمةَ إنَّها تخيَّر فتختار أحسنَهم خلقاً، فتقول: أيْ ربِّ، إنَّ هذا كان أحسنَهُمْ معي خُلُقاً فزوِّجْنيه، يا أمَّ سلمةَ ذهب حُسْنُ الخُلُقِ بخير الدنيا والآخرة))، ففي قول المرأة المخيَّرة بين أزواجها في خطابها لربِّها: فزوِّجنيه، أي: اجعل لي زوجاً ليس مصرِّحاً بالعقد، انتهى. عزاه الباقاني إلى "السراجية"، وتبعه في "منية المفتي" و"الفيض" و"التاترخانية")). ق١٤٩/ب.

(٢) "غمز عيون البصائر": كتاب النكاح ١٠٢/٢ بتصرف، نقلاً عن ابن الخطيب في تفسير سورة السجدة.

أي: حِلَّ استمتاعِ الرَّجُلِ..

الواحدِ القائمِ مَقامَهما، أعني: متولِّيَ الطَّرفين، "بحر"[١]، وفيه كلامٌ يأتي[٢].

[١١٠٩٦] (قولُهُ: أي: حِلَّ استمتاعِ الرَّجُلِ) أي: المرادُ أنَّه عَقْدٌ يفيدُ حكمَهُ بحسب وضع الشَّرع، وفي "البدائع"[٣]: ((أنَّ مِن أحكامه مِلْكَ المتعة، وهو اختصاصُ الزَّوج بمنافعِ بُضْعِها وسائرِ أعضائها [٣/ق١/ب] استمتاعاً، أو مِلْكُ الذَّاتِ والنَّفْسِ في حقِّ التمتُّع على اختلافِ مشايخنا في ذلك)) اهـ "بحر"[٤].

وعزا "الدَّبُوسيُّ" المعنى الأوَّلَ إلى "الشَّافعيِّ"، لكنَّ كلام "المصنِّف" كـ"الكنز"[٥] صريحٌ في اختيارِهِ، على أنَّ الظَّاهر ـ كما في "النَّهر"[٦] ـ: ((أنَّ الخُلْفَ لفظيٌّ؛ لقول "الدَّبُوسيِّ": إنَّ هذا الملكَ ليس حقيقيّاً، بل في حكمِهِ في حقِّ تحليلِ الوَطْءِ دون ما سواه من الأحكام التي لا تتَّصِلُ بحقِّ الزَّوجيَّة)) اهـ.

فعلى القولِ الذي عزاهُ الدَّبُوسيُّ إلى أصحابنا من أنَّه مِلْكُ الذَّاتِ ليس مِلْكاً للذَّاتِ حقيقةً، بل مِلْكَ التَّمتُّع بها، أي: اختصاصَ الزَّوج به كما عبَّرَ به في "البدائع"[٧]، وهو المرادُ من القول بأنَّه مِلْكُ المتعة.

وبه ظهَرَ أنَّ تفسير المِلْك هنا بالاختصاصِ ـ كما عبَّرَ به في "البدائع" ـ أَولى من تفسيرِهِ بالحِلِّ تبعاً لـ"البحر"؛ لأنَّ الاختصاص أقربُ إلى معنى المِلْك؛ لأنَّ المِلْك نوعٌ منه بخلافِ الحلِّ؛ ٢٥٨/٢

(قولُهُ: أَولى مِن تفسيره بالحِلِّ تَبَعاً لـ"البحر" إلخ) قال "ط" ـ بعد نَقْل كلام "البحر" و"النَّهر" ـ ((ومآلُ كلامِهما إلى أنَّ المُرادَ الحِلُّ، ولهذا اقتَصَرَ "ح" على ما في "البحر")).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٥ بتصرف.

(٢) "در" صـ٣٢٩ـ وما بعدها.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأمَّا بيان حكم النكاح ـ فصل: ومنها ملك المتعة ٢/٣٣١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٥.

(٥) انظر "رمز الحقائق": كتاب النكاح صـ١٣٨ـ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ق١٦١/ب.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأمَّا بيان حكم النكاح ـ فصل: ومنها ملك المتعة ٢/٣٣١.

....

لأنَّه لازمٌ لِمِلْك المتعةِ، وهو لازمٌ لاختصاصها بالزَّوج شرعاً أيضاً. على أنَّ مِلْكَ كلِّ شيءٍ بحسبِهِ، فمِلْكُ الزَّوجِ المتعة بالعَقْد مِلْكٌ شرعيٌّ كمِلْكِ المستأجِرِ المنفعةَ بمن استأجَرَهُ للخدمة مثلاً، ولا يَرِدُ عليه قولُهُ في "البحر"[1]: ((إنَّ المراد بالمِلْك الحلُّ لا المِلْكُ الشَّرعيُّ؛ لأنَّ المنكوحة لو وُطِئَتْ بشبهةٍ فمهرُها لها، ولو ملَكَ الانتفاعَ بِبُضْعِها حقيقةً[2] لكان بدلُهُ له)) اهـ؛ لأنَّ ملكَهُ الانتفاعَ بالبُضْع حقيقةً لا يَستلزِمُ مِلْكَهُ البدلَ، وإنما يَستلزِمُهُ مِلْكُ نَفْس البُضْع كما لو وُطِئَتْ أَمَتُهُ، فإنَّ العُقْر له لِمِلْكِهِ نفسَ البُضْع بخلاف الزَّوج، فافهم.

(تنبيهٌ)

كلامُ "الشَّارح" و"البدائع" يشيرُ إلى أنَّ الحقَّ في التَّمتُّع للرَّجُل لا للمرأة كما ذكرَهُ

(قولُهُ: لأنَّ مِلْكَهُ الانتفاعُ بالبُضْعِ حقيقةً إلخ) جعَلَ "قاضيخان" عِلَّةَ عَدَمِ مِلْكِ الزَّوْجِ البَدَلَ كونَ مِلكِ النِّكاح للزَّوجِ مِلكاً ضروريّاً لا يَظهرُ في مِلكِ البَدَل، وهو أَولى مِمَّا قالَهُ "المُحشِّي"؛ إذْ مَن مَلَكَ شيئاً مَلَكَ بَدَلَهُ سواءٌ كان هذا الشَّيءُ ذاتاً أو مَنْفَعةً، وعبارَتُهُ في "شرح الزِّيادات" من باب ما يَجبُ فيه القِصَاصُ: ((فيَبْطُلُ بحقٍّ أو بغيرِهِ، وإن قُطِعَتْ يَدُ القاطع ظُلْماً عَمْداً أو خَطَأً بَطَلَ القِصَاصُ لفَوَاتِ مَحَلِّهِ، ولا يصيرُ مالاً؛ لأنَّه ما قضى بطَرَفه حقّاً عليه، وله القِصَاصُ على القاطع الثَّاني إنْ كان عَمْداً، وأَرْشُ اليد على عاقلتِهِ إنْ كان خَطَأً؛ لأنَّ يدَ مَن عليه القِصَاصُ مَعصُومةٌ في حقِّ سائر النَّاس فيَجبُ فيها ما يَجبُ في سائر الأيدي، ولا حقَّ للمَقطوعِ يدُهُ في هذا الأَرْش؛ لأنَّ حقَّهُ كان في القِصَاصِ فلا ينقلبُ مالاً لِمَا قُلْنا، وهذا لأنَّ الأَرْشَ بدلُ اليد الثَّانيةِ ولا حقَّ لِمَن له القِصَاصُ في بَدَل اليد، ومِلكُ القِصَاصِ مِلكٌ ضروريٌّ يظهرُ في الاستيفاء، وما كان مِن توابعِهِ، كالعَفْو والصُّلْح لا في مِلكِ البدل كمِلكِ النِّكاح للزَّوْج، لا يظهرُ في مِلكِ البدَل حتى لو وُطِئَتِ المنكوحةُ بشُبْهةٍ ووَجَبَ العُقْرُ لا يكون للزَّوْج)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٥.

(٢) ((حقيقة)) ساقطة من "الأصل".

....

السيِّد "أبو السُّعود" في "حواشي مسكين"(١)، قال: ((ويتفرَّعُ عليه ما ذكرَهُ "الأبياريُّ" شارح "الكنز" في "شرحِهِ" لـ"الجامع الصَّغير"(٢) في شرح قولِهِ عليه الصلاة والسلام: ((احفظْ عورتَكَ إلاَّ مِن زوجتِكَ أو ما مَلَكَتْ يمينُك))(٣) : ((مِن أنَّ للزَّوجِ أنْ يَنظُرَ إلى فَرْجِ زوجته وحَلْقةِ دُبُرِها بخلافها، حيث لا تنظرُ إليه إذا منَعَها من النَّظَر)) اهـ، ونقلَهُ "ط"(٤) وأقرَّهُ.

والظَّاهر أنَّ المراد: ليس لها إجبارُهُ على ذلك لا بمعنى أنَّه لا يَحِلُّ لها إذا منَعَها منه؛ لأنَّ مِن أحكام النِّكاح حلَّ استمتاعِ كلٍّ منهما بالآخرِ، نَعَمْ له وطؤُها جبراً إذا امتنَعَتْ بلا مانعٍ شرعيٍّ، وليس لها إجبارُهُ على [٣/ق٢/أ] الوطءِ بعدَما وَطِئَها مرَّةً وإنْ وجَبَ عليه ديانةً أحياناً على ما سيأتي(٥)، تأمَّل.

---

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٢/٣.

(٢) المسمى "مواهب القدير" لفائد بن مبارك الأبياريِّ المصريِّ (ت١٠١٦هـ) شرح "الجامع الصغير" للسيوطي ("إيضاح المكنون" ٦٠٢/٢، "خلاصة الأثر" ٢٥٤/٣، "هدية العارفين" ٨١٤/١، "الأعلام" ١٢٥/٥ ووفاتُهُ فيه بعد ١٠٦٣هـ).

(٣) أخرجه أحمد ٣/٥ ـ ٤، وأبو داود (٤٠١٧) كتاب الحمَّام ـ باب ما جاء في التعرِّي، والترمذي(٢٧٦٩) كتاب الأدب ـ باب ما جاء في حفظ العورة، وقال: هذا حديث حسن، والنسائي في "الكبرى" (٨٩٧٢) كتاب عِشْرَةِ النساء ـ باب نظر المرأة إلى عورة زوجها، وابن ماجه (١٩٢٠) كتاب النكاح ـ باب التستُّر عند الجماع، والحاكم ١٧٩/٤ـ١٨٠ كتاب اللباس، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرِّجاه، ووافقه الذهبي، والطحاوي في "شرح مشكل الآثار" (١٣٨١) باب ستر العورة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٩/١ كتاب الطهارة ـ باب كون الستر أفضل إن كان خالياً و٢٢٥/٢ كتاب الصلاة ـ باب وجوب ستر العورة للصلاة وغيرها، وقد علق البخاري في "صحيحه" أصله بصيغة الجزم كتاب الغسل ـ باب من اغتسل عرياناً "الفتح": ٣٨٥/١. كلُّهم من حديث بَهْز بن حَكيم عن أبيه عن جدِّه مرفوعاً، وجَدُّ بَهْز اسمه: معاوية بن حَيْدَة القُشَيْرِيّ ﷺ.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) المقولة [١٢٦٩٨] قوله: ((ويسقط حقها بمرة)).

من امرأةٍ لم يَمنَعْ من نكاحِها مانعٌ شرعيٌّ، فخرَجَ الذَّكَرُ والخنثى المشكلُ.........

[١١٠٩٧] (قولُهُ: من امرأةٍ إلخ) ((مِن)) ابتدائيَّةٌ، والأَولى أنْ يقول: بامرأةٍ، والمرادُ بها المحقَّقةُ أنوثتُها بقرينةِ الاحترازِ بها عن الخنثى، وهذا بيانٌ لمحلِّيَّة العَقْد، قال في "البحر"(١) ـ بعد نقلِهِ عن "الفتح"(٢): أنَّ محلِّيَّتَهُ الأنثى(٣) ـ: ((والأَولى أن يقال: إنَّ محلِّيَّتَهُ أنثى محقَّقةٌ من بناتِ آدمَ ليست من المحرَّمات، وفي "العناية"(٤): محلُّهُ امرأةٌ لم يَمْنَعْ من نكاحِها مانعٌ شرعيٌّ، فخرَجَ الذَّكَرُ للذَّكَر، والخنثى مطلقاً، والجنِّيَّةُ للإنْسِيِّ، وما كان من النِّساء محرَّماً على التَّأبيدِ كالمحارم)) اهـ.

وبه ظهَرَ أنَّ المراد بالنِّكاح في قوله: ((لم يَمْنَعْ من نكاحِها)) العَقْدُ لا الوطءُ؛ لأنَّ المراد بيانُ محلِّيَّةِ العَقْد، ولذا احترَزَ بالمانعِ الشرعيِّ عن المحارم، فالمرادُ به المَحرَميَّةُ بنَسَبٍ أو سببٍ كالمصاهرة والرَّضاع، وأمَّا نحوُ الحيض والنِّفاس والإحرام والظِّهار قبل التَّكفير فهو مانعٌ مِن حِلِّ الوطءِ لا مِن محلِّيَّةِ العَقْد، فافهم.

[١١٠٩٨] (قولُهُ: فخرَجَ الذَّكَرُ والخنثى المشكلُ) أي: أنَّ إيرادَ العَقْد عليهما لا يُفيدُ ملكَ استمتاعِ الرَّجُل بهما لعدم محلِّيَّتِهما له، وكذا على الخنثى لامرأةٍ أو لمثلِهِ، ففي "البحر"(٥) عن "الزَّيلعيِّ"(٦) في كتاب الخنثى: ((لو زَوَّجَهُ أبوه أو مولاه امرأةً أو رجلاً لا يُحكَمُ بصحَّتِهِ حتَّى يتبيَّنَ حالُهُ أنَّه رجلٌ أو امرأةٌ، فإذا ظهَرَ أنَّه خلافُ ما زُوِّجَ به تبيَّنَ أنَّ العَقْد كان صحيحاً، وإلاَّ فباطلٌ؛ لعدمِ مصادفةِ المحلِّ، وكذا إذا زُوِّجَ خنثى من خنثى آخرَ لا يُحكَمُ بصحَّةِ النِّكاح حتَّى يظهرَ أنَّ أحدهما ذَكَرٌ والآخرَ أنثى)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٠.

(٣) في مطبوعة "البحر": ((إن كلية الأنثى))، وهو تحريف.

(٤) "العناية": كتاب النكاح ٣/٩٩ (هامش "فتح القدير").

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٣.

(٦) "تبيين الحقائق": ٦/٢١٧ ـ ٢١٨.

والوثنيَّةُ[١] لجوازِ ذُكُورتِه[٢]، والمَحارِمُ والجِنِّيَّةُ وإنسانُ الماءِ لاختلافِ الجنسِ،......

فلو قال "الشارح": ((والخنثى المشكلُ مطلقاً)) لشَمِلَ الصُّوَرَ الثَّلاثَ، لكنَّه اقتصَرَ على إفادةِ بعض أحكامِهِ، وليس فيه إجمالٌ، فافهم.

[١١٠٩٩] (قولُهُ: والوَثَنِيَّةُ) ساقطٌ من بعض النُّسخ، ووُجِدَ في بعضها قبل قوله: ((والخنثى))، والأَولى ذِكْرُها بعدَهُ لخروجها بالمانع الشَّرعيِّ، وعبَّرَ بها تبعاً لتعبيرِ "المصنِّفِ" في فصل المحرَّمات[٣]، والأَولى التَّعبيرُ بالمُشْرِكةِ كما عبَّرَ به "الشَّارِح" هناك[٤].

[١١١٠٠] (قولُهُ: والمحارمُ) هذا خارجٌ بالمانع الشَّرعيِّ أيضاً، وكذا قولُهُ: ((والجنِّيَّةُ وإنسانُ الماء)) بقرينةِ التَّعليل باختلافِ الجنس؛ لأنَّ قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا﴾ [النحل- ٧٢] بيَّنَ المرادَ من قوله: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء- ٣]، وهو الأنثى من بناتِ آدم، فلا يَثْبُتُ حِلُّ غيرِها بلا دليلٍ، ولأنَّ الجِنَّ يتشكَّلون بصُوَرٍ شتَّى، فقد يكونُ ذكراً [٣/ق٢/ب] تشكَّلَ بشَكْلِ أنثى، وما قيل - مِن أنَّ مَن سأل عن جوازِ التَّزوُّجِ بها يُصفَعُ لجهلِهِ وحماقته؛ لعدمِ تصوُّرِ ذلك - بعيدٌ؛ لأنَّ التَّصوُّرَ ممكنٌ؛ لأنَّ تشكُّلَهم ثابتٌ

(قولُهُ: لأنَّ قولَهُ تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا﴾ بيَّنَ المرادَ من قوله: ﴿فَٱنكِحُوا۟﴾ إلخ) قلت: لكنَّه - أي: الاستدلالُ بالآية الأُولى وحدَها - استدلالٌ بمفهوم الصِّفة، وهو ليس بحُجَّةٍ عندنا كما تقرَّر في الأُصول، وحينئذٍ يحتاجُ للدَّليل. وقد يقالُ: الأصلُ في الفُرُوج الحرمةُ إلاَّ أنَّ الشارعَ أَذِنَ في نكاح الإناث من بني آدم بقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ الآية، والنساءُ اسمٌ للإناث من بني آدم خاصَّةً، كما في "آكام المرجان" اهـ "سندي".

---

(١) عبارة "د" و "و": ((والوثنية والخنثى المشكل))، وهي الأصحُّ كما يدل عليه سياق "الدر".

(٢) في "د" و "و": ((ذكوريته)).

(٣) "در" صـ١٤٩ـ.

(٤) "در" صـ٩٦ـ.

وأجازَ "الحسنُ" نكاحَ الجنّيَّةِ بشهودٍ، "قنية"[١]........................

بالأحاديثِ[٢] والآثارِ والحكايات الكثيرة، ولذا ثبَتَ النَّهْيُ[٣] عن قتلِ بعض الحَيَّات كما مرَّ[٤] في مكروهات الصَّلاة، على أنَّ عدم تصوُّرِ ذلك لا يدلُّ على حماقةِ السَّائل كما قاله في "الأشباه"[٥]، وقال: ((ألا ترى أنَّ "أبا اللَّيث" ذكَرَ في "فتاويه": أنَّ الكفَّار لو تَتَرَّسُوا بنبيٍّ من الأنبياء هل يُرمَى؟ فقال: يُسأَلُ ذلك النَّبيُّ؟ ولا يُتصوَّرُ ذلك بعد رسولنا ﷺ، ولكنْ أجابَ على تقديرِ التَّصوُّر، كذا هذا)) اهـ، وتمامُ ذلك في رسالتنا[٦] المسمَّاة "سلّ الحسام الهنديّ لنصرةِ سيِّدنا خالد النقشبنديّ"[٧].

(تنبيهٌ)

في "الأشباه"[٨] عن "السِّراجيَّة"[٩]: ((لا تجوزُ المناكحةُ بين بني آدم والجنِّ وإنسانِ الماء لاختلافِ الجنس)) اهـ.

ومُفادُ المفاعلةِ أنَّه لا يجوزُ للجنِّيِّ أنْ يتزوَّجَ إنسيَّةً أيضاً، وهو مُفادُ التَّعليل أيضاً.

[١١١٠١] (قولُهُ: وأجازَ "الحسنُ") أي: البَصريُّ رضي الله عنه كما في "البحر"[١٠]، والأَولى التَّقييدُ به لإخراجِ "الحسنِ بن زيادٍ" تلميذِ "الإمام" رضي الله عنه؛ لأنَّه يُتوهَّمُ من إطلاقِهِ هنا أنَّه روايةٌ في المذهب،

---

(١) "القنية": كتاب النكاح ـ باب فيما يجوز من الأنكحة ق٣٤/ب معزياً إلى الشيخ أبي حامد رحمه الله تعالى.

(٢) تقدم تخريجه ٢٤٦/٦.

(٣) تقدم تخريجه ١٧٩/٤.

(٤) المقولة [٥٤٩٢] قوله: ((فالأولى إلخ)).

(٥) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث ـ أحكام الجان صـ٣٨٩ـ.

(٦) انظر "مجموعة رسائل ابن عابدين": ٢٩٦/٢.

(٧) هو أبو البهاء خالد بن أحمد بن حسين، ضياء الدين النَّقشبنديُّ الشهرزوريُّ الشافعيُّ (ت١٢٤٢هـ). ("حلية البشر" ٥٨٧/١، "منتخبات التواريخ" ٦٥٢/٢، "أعيان دمشق" صـ٩٨ـ).

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث ـ أحكام الجان صـ٣٨٩ـ.

(٩) "الفتاوى السراجية": كتاب النكاح ـ باب نكاح المحارم ٢٠٨/٢ (هامش "فتاوى قاضيخان").

(١٠) "البحر": كتاب النكاح ٨٣/٣.

(قصداً) خرَجَ ما يُفيدُ الحِلَّ ضِمْناً كشراءِ أَمَةٍ للتَّسَرِّي........................

وليس كذلك، "ط"[١]. لكنّه نقَلَ بعدَهُ عن "شرح الملتقى"[٢] عن "زواهر الجواهر"[٣]: ((الأصحُّ أنّه لا يصحُّ نكاحُ آدميٍّ جنّيَّةً كعكسِهِ لاختلاف الجنس، فكانوا كبقيَّةِ الحيوانات)) اهـ. ويُحتمَلُ أن يكون مقابلُ الأصحِّ قولَ "الحسن" المذكور، تأمَّل. ٢٥٩/١

[١١١٠٢] (قولُهُ: قَصْداً) حالٌ من ضميرِ ((يفيدُ))، ووقوعُ المصدرِ حالاً ـ وإنْ كَثُرَ ـ سماعيٌّ، "ط"[٤].

[١١١٠٣] (قولُهُ: كشراءِ أَمَةٍ) فإنَّ المقصود فيه مِلْكُ الرَّقبة، وحِلُّ الاستمتاع ضمنيٌّ، ولذا تخلَّفَ في شراءِ المُحرَّمةِ نَسَباً أو رضاعاً أو اشتراكاً، "ح"[٥].

[١١١٠٤] (قولُهُ: للتَّسَرِّي) خصَّهُ بالذِّكر لأنّه لو اشتَرَاها لا للتَّسَرِّي كان حِلُّ الاستمتاعِ ضِمْنيّاً بالأولى، ولو قال: ولو للتَّسَرِّي لكان أظهرَ، وكلامُ "البحر" يدلُّ عليه حيث قال[٦]: ((ومِلْكُ المتعةِ ثابتٌ ضِمْناً وإنْ قصَدَهُ المشتري))، "ح"[٧].

(قولُهُ: حالٌ من ضمير يُفيد إلخ) الأظهرُ جَعْلُهُ حالاً من مِلكِ المُتْعة.

(قولُ "الشارح": كشِرَاء أَمَةٍ للتسرِّي) فإنَّ المقصودَ فيه مِلكُ الرَّقَبة، ومِلكُ المُتْعة ثَبَتَ ضِمْناً، وإنْ قَصَدَه المشتري فقصدُهُ لا يُخرِجُ اللَّفظَ عن موضوعه.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٢) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب المحرمات ٣٢٢/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٣) تقدمت ترجمته ٦١٩/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٣/٢.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/أ ـ ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٥/٣.

(٧) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب.

(و) عند أهلِ الأصولِ واللُّغةِ[1] (هو حقيقةٌ في الوَطْءِ مجازٌ في العَقْدِ) فحيث جاءَ في الكتابِ أو السُّنَّة..

[١١١٠٥] (قولُهُ: وعند أهلِ الأصول واللُّغة إلخ) حاصلُهُ: أنَّ ما قدَّمَهُ[2] "المصنِّفُ" معنًى عُرفيٌّ للفقهاء، وماذكرَهُ هنا معناه شرعاً ولغةً؛ لأنَّ أهل الأصول يبحثون عن معنى النُّصوصِ الشَّرعيَّةِ، فلا تَنافيَ بين كلامَي "المصنِّف"، قال في "البحر"[3]: ((قد تَساوى في هذا المعنى اللُّغةُ والشَّرعُ))، أفادَهُ "ط"[4].

[١١١٠٦] (قولُهُ: مجازٌ في العَقْدِ) وقيل بالعكس، ونسَبَهُ الأصوليُّون إلى "الشَّافعيِّ" ﷺ [٣/ق٣/أ]، وقيل: مشتركٌ لفظيٌّ فيهما، وقيل: موضوعٌ للضَّمِّ الصَّادق بالعَقْدِ والوطءِ، فهو مشتركٌ معنويٌّ، وبه صرَّحَ مشايخنا أيضاً، "بحر"[5]. اهـ "ح"[6].

والصَّحيحُ أنَّه حقيقةٌ في الوطء كما في "شرح التَّحرير"[7].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وعند أهل الأصول واللغة إلخ، قال الشرنبلاليُّ: اختلف في معناه لغةً على أربعة أقوال: الأول: ما ذكره المصنِّف وعليه أكثر المشايخ، وقيل: مشتركٌ بين الوطء والعقد اشتراكاً لفظياً، وقيل: حقيقةٌ في اللفظ مجازٌ في الوطء، ونَسَبَهُ الأصوليون إلى الشافعيِّ، وقيل: حقيقةٌ في الضمِّ، صرَّح به مشايخنا أيضاً، وقال الكمال: لا منافاة بين كلامهم؛ لأنَّ الوطء من أفراد الضمِّ به، والموضوعُ للأعمِّ حقيقةٌ في كلِّ فرد من أفراده كإنسان في [زيد] فهو من قبيل المشترك المعنوي، انتهى. وعارضه صاحب البحر بما لم يَرْضَهُ شيخنا رحمه الله تعالى انتهى)). ق١٤٩/ب.

(٢) "در" صـ٧ـ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٢/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٢.

(٦) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب.

(٧) "التقرير والتحبير": المقالة الأولى ـ الفصل الخامس: المفرد باعتبار استعماله ينقسم إلى حقيقة ومجاز ـ مسألة: يتعين على الخلفية تعين الحقيقة والمجاز إذا أمكنا بلا مرجِّح ٢/٣٢.

مجرَّداً عن القرائنِ يُـرادُ بـه الـوطءُ كمـا في ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء ـ ٢٢]، فتحرُمُ مَزْنِيَّةُ الأبِ على الابـنِ بخلافِ ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[1] [البقرة ـ ٢٣٠]؛ لإسنادِهِ إليها، والمتصوَّرُ منها العَقْدُ لا الوَطْءُ..........

[١١١٠٧] (قولُهُ: مجرَّداً عن القرائنِ) أي: محتمِلاً للمعنى الحقيقـيِّ والمجـازيِّ بـلا مرجِّـحٍ خارجٍ، وقولُهُ: ((يُرادُ الوطءُ)) أي: لأنَّ المجاز خَلَفٌ عن الحقيقةِ، فتترجَّحُ عليه في نفسها.

[١١١٠٨] (قولُهُ: فتَحرُمُ مَزْنِيَّـةُ الأبِ علـى الابـنِ) أي: علـى فروعِـهِ، فتكـونُ حرمتُهـا عليهم ثابتةً بالنَّصِّ، وأمَّا حرمةُ التي عَقَدَ عليها عَقْـداً صحيحـاً عليهـم فبالإجمـاعِ، ولـو قـال لزوجته: إنْ نكحتُكِ فأنتِ طالقٌ تعلَّقَ بالوطءِ، وكذا لو أبانَها قبل الوطء ثمَّ تزوَّجَهـا تطلُـقُ به لا بالعَقْد بخلاف الأجنبيَّة، فيتعلَّقُ بالعَقْد؛ لأنَّ وطئَها لَمَّا حَرُمَ عليه شرعاً كـانت الحقيقـةُ مهجورةً، فتعيَّنَ المجازُ، كذا في "البحر"[2] و"التحرير"[3] و"شرحه"[4].

[١١١٠٩] (قولُهُ: بخلافِ) حـالٌ مِـن ((مـا)) الموصولـةِ في قولـه: ((كمـا))، وقـال "ح"[5]: ((مِن[6] ﴿وَلَا تَنكِحُواْ﴾))، أي: حالَ كونِهِ مخالفاً لقوله تعـالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا﴾[7]، حيـث لم يُرَدْ به الوطءُ، بل أُرِيْدَ العَقْدُ لعدم تجرُّدِهِ عن القرائن، بل وُجِـدَتْ فيـه قرينـةٌ، وهـي اسـتحالةُ الوطءِ منها؛ لأنَّ الوطءَ فِعْلٌ، وهي مُنْفعلةٌ لا فاعلةٌ، وهو معنى قوله: ((والمتصوَّرُ إلخ)).

[١١١١٠] (قولُهُ: لإسنادِهِ إليها) علَّةٌ لِما استُفِيدَ من المقام من أنَّ المراد العَقْدُ، وأمَّا اشتراطُ

---

(١) ﴿غَيْرَهُۥ﴾ ليست في "و".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٢.

(٣) "التحرير": الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة ومجاز ـ مسألة يتعيّن على خلفية المجاز عن الحقيقة صـ١٨٠ـ١٨١ـ.

(٤) "التقرير والتحبير": ٢/٣٢ ـ ٣٣ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب، وهي ساقطة من "الأصل".

(٦) أي: حالٌ من ﴿وَلَا تَنكِحُواْ﴾.

(٧) ((زوجاً)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

إلاّ مجازاً...

وطءِ المحلِّلِ فمأخوذٌ من حديث العُسَيْلة[١]، "ط"[٢].

[١١١١١] (قولُهُ: إلاّ مجازاً) قد يقال: إذا كان لا انفكاكَ عن المجاز على التّقديرين فما المرجِّحُ لأحدِهما على الآخر؟! اهـ "ح"[٣]، يعني: أنّه إنْ أُرِيدَ بالنّكاح في الآية الوطءُ كان مجازاً عقليّاً لعدم تصوُّرِ الفعل منها، وإنْ أُرِيْدَ به العَقْدُ كان مجازاً لغويّاً؛ لأنّه حقيقةُ الوطء، فحَمْلُ الآيةِ على أحدِهما ترجيحٌ بلا مرجِّحٍ، بل قد يقال: إنّ حملها على الوطءِ أنسبُ بالواقع، فإنّ المطلّقة ثلاثاً لا تَحِلُّ بدونِ وطءِ المحلِّل، اللّهمَّ إلاّ أنْ يقال: المرجِّحُ كثرةُ الاستعمال، "ط"[٤].

أقول: الظّاهرُ أنّه لا مانعَ هنا من إرادةِ كلٍّ منهما، لكنْ لَمّا كان النّزاعُ في أنّ النّكاح حقيقةٌ في الوطء أو في العَقْدِ، وكان الرّاجحُ عندنا الأوّلَ قالوا: إنّه في هذه الآيةِ مجازٌ لغويٌّ بمعنى العَقْدِ؛ لكونِهِ أصرَحَ في الرَّدِّ على القائلِ بأنّه حقيقةٌ فيه، ولو قيل: إنّه مجازٌ عقليٌّ

---

(١) أخرجه أحمد ٦/٣٤ـ٣٧ـ٣٨، والبخاري (٢٦٣٩) كتاب الشهادات ـ باب شهادة المختبئ، و(٥٢٦٠) و(٥٢٦١) كتاب الطلاق ـ باب مَنْ جوَّز الطَّلاق الثّلاث، و(٥٢٦٥) باب مَنْ قال لامرأته: أنت عليَّ حرام، و(٥٣١٧) باب إذا طلّقها ثلاثاً ثم تزوَّجت بعد العدَّة زوجاً غيره فلم يمسَّها، ومسلم (١٤٣٣) كتاب النكاح ـ باب لا تحلُّ المطلقة ثلاثاً لمطلِّقها حتّى تنكح زوجاً غيره، وأبو داود (٢٣٠٩) كتاب الطلاق ـ باب المبتوتة لا يرجع إليها زوجها حتى تنكح غيره، والترمذي (١١١٨) كتاب النكاح ـ باب ما جاء فيمن يطلّق امرأته ثلاثاً فيتزوَّجُها آخر، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند عامَّة أهل العلم مِن أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، والنسائي ٦/٩٣ كتاب النكاح ـ باب النكاح الذي تحلُّ به المطلّقة ثلاثاً لمطلّقها، و٦/١٤٦ـ١٤٧ـ١٤٨، وابن ماجه (١٩٣٢) كتاب النكاح ـ باب الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فتتزوج فيطلقها قبل أن يدخل بها، أترجع إلى الأول؟ والدارمي ٢/٦٠٢ كتاب الطلاق ـ باب ما يُحِلُّ المرأةَ لزوجها الذي طلّقها فبتَّ طلاقَهَا. كلُّهم من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، وفي الباب عن ابن عمر، وأنس، وأبي هريرة، والرُّمَيْصاء. وسيأتي صـ٤٠٦ـ.

(٢) "ط": كتاب النكاح ٢/٤.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح ٢/٤.

(ويكونُ واجباً عند التَّوَقانِ)...

في الإسناد لصحَّ أيضاً كما يصحُّ في قولك: جَرَى النهرُ أنْ تجعلَهُ من المجازِ في الإسناد، ولكنَّ المشهور أنَّه مجازٌ لغويٌّ بعلاقةِ الحاليَّةِ [٣/ق٣/ب] والمحلِّيَّة، على أنَّه ليس في كلام "الشارح" ما يمنعُ ذلك؛ لأنَّ قوله: ((والمتصوَّرُ منها العَقْدُ لا الوطءُ إلاَّ مجازاً)) يمكنُ حملُهُ أيضاً على أنَّه مجازٌ في الإسناد بقرينةِ قوله: ((لإسنادِهِ إليها))، أي: أنَّه من إسنادِ الشَّيءِ إلى غيرِ مَن هو له، وقولُهُ: ((والمتصوَّرُ إلخ)) بيانٌ لكونِ إسنادِهِ إليها غيرَ حقيقيٍّ، فافهم.

[١١١١٢] (قولُهُ: عند التَّوَقانِ) مصدرُ تاقَتْ نفسُهُ إلى كذا إذا اشتاقَتْ، من بابِ طلَبَ، "بحر"[1] عن "المغرب"[2]. وهو بالفَتَحاتِ الثَّلاثِ كالمَيَلان والسَّيَلان، والمرادُ شدَّةُ الاشتياقِ كما في "الزَّيلعيِّ"[3]، أي: بحيثُ يَخافُ الوقوعَ في الزِّنا لو لم يتزوَّجْ؛ إذ لا يلزمُ من الاشتياقِ إلى الجِماعِ الخوفُ المذكور، "بحر"[4].

قلت: وكذا ـ فيما يظهرُ ـ لو كان لا يمكنُهُ مَنْعُ نفسِهِ عن النَّظَرِ المحرَّمِ أو عن الاستمناء[5]

(قولُهُ: على أنَّه ليس في كلام "الشَّارح" ما يمنعُ ذلك إلخ) فيما قاله تأمُّلٌ؛ وذلك أنَّ "الشَّارحَ" جَزَمَ بأنَّ المرادَ به في الآية الأُولى الوطءُ، وقال: إنَّها مخالفةٌ لِمَا في الآية الثانية أي: حيث أُرِيدَ به العَقدُ للقرينة المذكورة فهو جازمٌ بأنَّه فيها بمعنى العَقد وإلاَّ لم يكن بين الآيتين مخالفةٌ. وعلى تقدير أنَّ المرادَ به فيهما الوطءُ لا يكون بينهما مخالفةٌ بل غايةُ ما في الباب أنه تجوُّزٌ في الآية الثَّانية في إسناده إليها، فهو في كلٍّ منهما مستعملٌ في حقيقته، وإسنادُهُ إليها في الثَّانية مَجازٌ.

(قولُهُ: وكذا فيما يظهرُ لو كان لا يُمكنُهُ مَنْعُ نَفْسِهِ إلخ) الظاهرُ أنَّه في هذه الصُّورة يكون فرضاً، وصورةُ الوجوب ما لو خاف الوقوعَ في النَّظَرِ المُحرَّمِ إلخ، تأمَّل.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦.

(٢) "المغرب": مادة((توق)).

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٢/٩٥.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦.

(٥) في "آ": ((الاستمتاع)).

فإنْ تيقَّنَ الزِّنا إلاَّ بِهِ فُرِضَ، "نهاية". وهذا إنْ ملَكَ المهرَ والنَّفقةَ، وإلاَّ فلا إثْمَ بتركِهِ، "بدائع"[١] ....

بالكفِّ، فيجبُ التَّزوُّجُ وإنْ لم يَخَف الوقوعَ في الزِّنا.

[١١١١٣] (قولُهُ: فإنْ تيقَّنَ الزِّنا إلاَّ به فُرِضَ) أي: بأنْ كان لا يمكنُهُ الاحترازُ عن الزِّنا إلاَّ به؛ لأنَّ ما لا يُتوصَّلُ الى ترك الحرام إلاَّ به يكونُ فرضاً، "بحر"[٢]. وفيه نظرٌ؛ إذ التَّركُ قد يكونُ بغير النِّكاح وهو التَّسَرِّي، وحينئذٍ فلا يلزمُ وجوبُهُ إلاَّ لو فرضنا المسألةَ بأنَّه ليس قادراً عليه، "نهر"[٣]. لكنَّ قوله: ((لا يمكنُهُ الاحترازُ عنه إلاَّ به)) ظاهرٌ في فرضِ المسألة في عدم قدرته على التَّسَرِّي، وكذا في عدم قدرته على الصَّوم المانع من الوقوع في الزِّنا، فلو قدَرَ على شيءٍ مِن ذلك لم يَبْقَ النِّكاحُ فرضاً أو واجباً عيناً، بل هو أو غيرُهُ مما يَمنَعُهُ من الوقوع في المحرَّم.

[١١١١٤] (قولُهُ: وهذا إنْ ملَكَ المهرَ والنَّفقةَ) هذا الشَّرطُ راجعٌ إلى القسمين، أعني: الواجبَ

(قول "الشارح": وإلاَّ فلا إثْمَ بتَرْكه إلخ) ذكر "السِّنْديُّ" ـ بعد قوله: وإلاَّ فلا إثْمَ بتَرْكه ـ ما نَصُّه: ((وأما ما ورد: ((حقٌّ على الله عَونُ النَّاكِح الذي يُريدُ العَفافَ))، وورد أيضاً: ((الْتَمِسُوا الرِّزْقَ بالنِّكاح)) فإنَّما ذلك في حقِّ المُتوكِّلين لا يُخاطَبُ به عامَّةُ النَّاس؛ لأنَّه قد يَختَلُّ معه شرطٌ فلا يحصلُ له المطلوبُ، ألا ترى أنَّ الصَّحابةَ كانوا يتَضرَّرون من العُزُوبة، وكانوا يَستأْذِنُون في الاختِصَاءِ فلم يُؤْذَن لهم، ومع ذلك لم يأْمُرهم بالتزوُّج مع العَجْز عن المهر والنَّفَقة بل ما زَالَ يأْمُرُهم بالصَّبْر وجِهادِ أنفُسِهِم. وأمَّا قولُ "الشَّارح" ـ فيما سيأتي ـ: ((إنَّه يُنْدبُ له الاستدانةُ)) فلا يُرادُ من ذلك أنَّه يَستدينُ مع الفَقْر بل المقصودُ أنْ يَستدين مع الاقتدارِ ليفوزَ بالإعانة منه تعالى، ويكونَ طَلَباً بالفعل فلا يُستدلُّ به على أنَّه يجبُ أو يُفترَضُ مع العَجْز، ثم قال بعضُهُم: إذا كانت الاستدانةُ مندوبةً عند أَمْنِهِ من الوقوع في الزِّنا ينبغي وجوبُها عند تَيقُّنِ الزِّنا بل ينبغي وجوبُها حينئذٍ وإنْ لم يَغْلب على ظنِّه قُدْرةُ الوفاء اهـ)).

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ٢/٢٢٨.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق١٦١/ب، ١٦٢/أ.

....

والفرضَ، وزاد في "البحر"[١] شرطاً آخرَ فيهما، وهو عدمُ خوف الجَوْر، أي: الظُّلم، قال: ((فإنْ تعارَضَ خوفُ الوقوع في الزِّنا لو لم يتزوَّجْ وخوفُ الجَوْرِ لو تزوَّجَ قُدِّمَ الثاني، فلا افتراضَ، بل يكرهُ، أفاده "الكمال" في "الفتح"[٢]، ولعلَّه لأنَّ الجَوْرَ معصيةٌ متعلّقةٌ بالعباد، والمنعُ من الزِّنا من حقوقِ الله تعالى، وحقُّ العبدِ مقدَّمٌ عند التَّعارُض؛ لاحتياجِهِ وغِنى المولى تعالى)) اهـ. ٢٦٠/٢

قلت: ومقتضاهُ الكراهةُ أيضاً عند عدمِ مِلْكِ المهرِ والنَّفقةِ؛ لأنَّهما حقُّ عبدٍ أيضاً وإنْ خافَ الزِّنا، لكنْ يأتي أنَّه يُندَبُ الاستدانةُ له، قال في "البحر"[٣]: ((فإنَّ الله ضامنٌ له الأداءَ، فلا يخافُ الفقرَ إذا كان مِن نيَّتِهِ التَّحصينُ والتعفُّفُ)) اهـ.

ومقتضاه أنَّه يجبُ إذا خافَ الزِّنا وإنْ لم يَملِكِ المهرَ إذا قدَرَ على استدانتِهِ، وهذا منافٍ للاشتراط المذكور، [٣/ق٤/أ] إلاَّ أنْ يقالَ: الشَّرطُ مِلْكُ كلٍّ من[٤] المهرِ والنَّفقةِ ولو بالاستدانة، أو يقالَ: هذا في العاجزِ عن الكسب ومَن ليس له جهةُ وفاءٍ، وقدَّمَ "الشارح"[٥] في أوَّلِ الحجِّ: ((أنَّه لو لم يَحُجَّ حتَّى أتلَفَ مالَهُ وَسِعَهُ أنْ يستقرضَ ويَحُجَّ ولو غيرَ قادرٍ على وفائِهِ، ويُرجَى أنْ لا يُؤاخِذَهُ الله تعالى بذلك، أي: لو ناوياً وفاءَهُ لو قدَرَ كما قيَّدَهُ في "الظهيريَّة"[٦])) اهـ.

وقدَّمنا[٧] أنَّ المراد عدمُ قدرتِهِ على الوفاء في الحال مع غلبةِ ظنِّه أنَّه لو اجتهَدَ قدَرَ، وإلاَّ فالأفضلُ عدمُهُ، وينبغي حملُ ما ذُكِرَ من نَدْبِ الاستدانة على ما ذكرنا من ظنِّهِ القدرةَ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٤.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٠.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦ نقلاً عن "فتاوى العلاَّمي".

(٤) ((كل من)) ليست في "آ".

(٥) "در" ٦/٤٦١.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول فيمَنْ يجبُ عليه الحجُّ ومَنْ لا يجبُ ق٦٣/أ.

(٧) المقولة [٩٥٦٩] قوله: ((وسعهُ أن يستقرض إلخ)).

(و) يكونُ (سُنَّةً) مؤكَّدةً في الأصحِّ، ....

على الوفاء، وحينئذٍ فإذا كانت مندوبةً عند أَمْنِهِ من الوقوع في الزِّنا ينبغي وجوبُها عند تيقُّنِ الزِّنا، بل ينبغي وجوبُها حينئذٍ وإنْ لم يَغلِبْ على ظَنِّه قدرةُ الوفاء، تأمَّل.

مطلب: كثيراً ما يُتساهَلُ في إطلاقِ المستحبِّ على السُّنَّة

[١١١١٥] (قولُهُ: سنَّةٌ مؤكَّدةٌ في الأصحِّ) وهو محملُ القولِ بالاستحباب، وكثيراً ما يُتساهَلُ في إطلاقِ المستحبِّ على السُّنَّة، وقيل: فرضُ كفايةٍ، وقيل: واجبُ كفايةٍ، وتمامُهُ في "الفتح"[١]، وقيل: واجبٌ عيناً، ورجَّحَهُ في "النهر"[٢] كما يأتي[٣]، قال في "البحر"[٤]: ((ودليلُ السُّنِّيَّةِ حالةَ الاعتدال الاقتداءُ بحالِهِ ﷺ في نفسِهِ، وردُّهُ على مَن أرادَ من أُمَّتِهِ التَّخلِّيَ للعبادة كما في "الصَّحيحين"[٥] ردّاً بليغاً بقوله: «فمَن رَغِبَ عن سنَّتي فليس منِّي»

(قولُهُ: ودليلُ السُّنِّية حالةَ الاعتدال الاقتداءُ بحالِهِ ﷺ إلخ) ودليلُ كونه فرضَ كفايةٍ قولُه تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ﴾ الآية. وقوله عليه السلام: ((تَناكَحُوا تَناسَلُوا)) الحديث، فإنَّ المطلوبَ يحصلُ بفعل البعض؛ وذلك أنَّ المقصودَ تكثيرُ المسلمين وعدمُ انقطاعهم، ولذا صرَّح في الحديث بالعلَّة بقوله: « فإنِّي مُكاثِرٌ بكُمُ الأُمَمَ » وهذا يحصلُ بفعل البعض.

والقائلُ بكونه واجبَ كفايةٍ يقولُ: إنَّ الآيةَ لم تُسَق إلاَّ لبيان العدد المحلَّل فلم يَبْقَ إلاَّ خبرُ الواحد، وهو إنَّما يفيدُ الوجوبَ كِفايةً لِما عَلِمتَ من حُصُول المقصود بفِعْل البعض.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠١/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق١٦١/ب.

(٣) "در" صـ٢٢ـ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣.

(٥) أخرجه البخاري (٥٠٦٣) كتاب النكاح ـ باب الترغيب في النكاح، ومسلم (١٤٠١) كتاب النكاح ـ باب استحباب النكاح لمن تاقَتْ نفسُهُ إليه، وأحمد ٢٤١/٣، والنسائي ٦٠/٦ كتاب النكاح باب النهي عن التبتُّل، =

فيأثَمُ بتركِهِ، ويثابُ إنْ نَوَى تحصيناً وولداً (حالَ الاعتدالِ) أي: القدرةِ على وطءٍ ومَهْرٍ ونفقةٍ، ورجَّحَ في "النهر"[(١)] وجوبَهُ..

كما أوضحه في "الفتح"[(٢)]) اهـ. وهو أفضلُ من الاشتغال بتعلُّمٍ وتعليمٍ كما في "درر البحار"[(٣)]، وقدَّمنا[(٤)] أنّه أفضلُ من التَّخلّي للنَّوافل.

[١١١١٦] (قولُهُ: فيأثَمُ بتركِهِ) لأنَّ الصَّحيح أنَّ ترك المؤكَّدةِ مُؤثِّمٌ كما عُلِمَ في الصَّلاة، "بحر"[(٥)]. وقدَّمنا[(٦)] في سنن الصَّلاة: أنَّ اللاحق بتركِها إثمٌ يسيرٌ، وأنَّ المراد التَّركُ مع الإصرار، وبهذا فارَقَتِ المؤكَّدةُ الواجبَ وإنْ كان مقتضى كلامِ "البدائع"[(٧)] في الإمامة أنّه لا فرق بينهما إلاَّ في العبارة.

[١١١١٧] (قولُهُ: ويُثابُ إنْ نَوَى تحصيناً) أي: مَنْعَ نفسِهِ ونفسِها عن الحرامِ، وكذا لو نَوَى مجرَّدَ الاتِّباعِ وامتثالِ الأمرِ، بخلاف ما لو نوى مجرَّدَ قضاءِ الشَّهوة واللَّذَّة.

[١١١١٨] (قولُهُ: أي: القدرةِ على وطءٍ) أي: الاعتدالُ في التَّوقان أنْ لا يكون بالمعنى

= وابن حبان (١٤) المقدمة ـ باب الاعتصام بالسنة، و(٣١٧) كتاب البر والإحسان ـ باب ما جاء في الطاعات وثوابها، والبغوي في "شرح السنة" (٩٦)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٧/٧٧ كتاب النكاح ـ باب الرغبة في النكاح.

كلُّهم من حديث أنس مرفوعاً، وهو جزءٌ من حديث طويل أوَّلُهُ: ((ما بال أقوام قالوا: كذا وكذا لكني أصوم وأفطر...)) وقال الحافظ ابن حجر في "الفتح" ٩/١٠٥: المراد بالسنة الطريقة، لا التي تقابل الفرض، والمراد: من ترك طريقتي وأخذ بطريقة غيري فليس مني، ولمَّح بذلك إلى طريق الرَّهْبانِيَّةِ، فإنّهم الذين ابتدعوا التَّشديدَ كما وصفهم الله تعالى، وقد عابهم بأنّهم ما وفَّوا بما التزموه، وطريقة النبي ﷺ الحنيفية السمحة، فيفطر ليتقوَّى على الصوم، وينام ليتقوَّى على القيام، ويتزوَّج لكسر الشهوة وإعفاف النفس وتكثير النسل.

(١) "النهر": كتاب النكاح ق١٦١/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠١.

(٣) انظر "غرر الأذكار": كتاب النكاح ق١٨٩/ب.

(٤) بداية الكتاب صـ٥ـ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦.

(٦) المقولة [٤٠٣٧] قوله: ((وقالوا إلخ)).

(٧) "البدائع": كتاب الصلاة ـ فصل: وأمَّا بيان ما يجبُ على السامعين عند الأذان ١/١٥٥.

للمواظبةِ عليه والإنكارِ على مَن رَغِبَ عنه.

(ومكروهاً لخوفِ الجَوْرِ) فإنْ تيقَّنَهُ حَرُمَ ذلك[1]..........................

المارّ[2] في الواجب والفرض، وهو شدَّةُ الاشتياق، وأنْ لا يكونَ في غايةِ الفتور كالعنّين، ولذا فسَّرَهُ في "شرحه" على "الملتقى"[3]: ((بأنْ يكونَ بين الفُتُورِ والشَّوق))، وزادَ المهرَ والنَّفقة لأنَّ العجز عنهما يُسقِطُ الفرضَ، فيُسقِطُ السُّنّيةَ بالأولى، وفي "البحر"[4]: ((والمرادُ حالةُ القدرة [٣/ق٤/ب] على الوطءِ والمهرِ والنَّفقةِ مع عدم الخوفِ من الزِّنا والجَوْرِ وتركِ الفرائض والسُّنن، فلو لم يَقدِرْ على واحدٍ من الثَّلاثةِ، أو خافَ واحداً من الثَّلاثةِ ـ أي: الأخيرةِ ـ فليس معتدلاً، فلا يكونُ سنّةً في حقِّهِ كما أفادَهُ في "البدائع"[5])) اهـ.

[١١١١٩] (قولُهُ: للمواظبةِ عليه والإنكارِ إلخ) فإنَّ المواظبةَ المقترنةَ بالإنكار على التَّركِ دليلُ الوجوب، وأجاب "الرَّحميُّ": ((بأنَّ الحديث ليس فيه الإنكارُ على التَّاركِ بل على الرَّاغب عنه، ولا شكَّ أنَّ الرَّاغب عن السُّنّةِ محلُّ الإنكار)).

[١١١٢٠] (قولُهُ: ومكروهاً) أي: تحريماً، "بحر"[6].

[١١١٢١] (قولُهُ: فإنْ تيقَّنَهُ) أي: تيقَّنَ الجَوْرَ ((حَرُمَ))؛ لأنَّ النِّكاح إنما شُرِعَ لمصلحةِ تحصينِ النَّفْس وتحصيلِ الثَّواب، وبالجَوْرِ يأثمُ ويرتكبُ المحرَّمات، فتَنعَدِمُ المصالِحُ لرُجْحانِ هذه المفاسد، "بحر"[7]. وترَكَ "الشَّارحُ" قسماً سادساً ذكرَهُ في "البحر"[8] عن "المجتبى"،

---

(١) ((ذلك)) ليست في "د" و "و".

(٢) المقولة [١١١١٢] قوله: ((عند التَّوَقان)) وما بعدها.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ٣١٦/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ٢٢٨/٢ ـ ٢٢٩.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣، وعبارته: ((لمصلحةِ مِنْ تحصين)).

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٤/٣ ـ ٨٥ بتصرف يسير.

....

وهو ((الإباحةُ إنْ خافَ العجزَ عن الإيفاء بمُوجَبِهِ[1])) اهـ. أي: خوفاً غيرَ راجحٍ، وإلاَّ كان مكروهاً تحريماً؛ لأنَّ عدم الجَوْرِ من مُوجَبِهِ.

والظَّاهرُ: أنَّه إذا لم يَقصِدْ إقامةَ السُّنَّةِ، بل قصَدَ مجرَّدَ التَّوصُّلِ إلى قضاءِ الشَّهوة و لم يَخَفْ شيئاً لم يُثَبْ عليه؛ إذ لا ثوابَ إلاَّ بالنيَّة، فيكونُ مباحاً أيضاً كالوطءِ لقضاءِ الشَّهوة، لكنْ لَمَّا قيل له ﷺ: إنَّ أحدنا يقضي شهوتَهُ فكيف يُثابُ؟! فقال ﷺ ما معناه: ((أرأيتَ لو وضَعَها في محرَّمٍ أما كان يُعاقَبُ؟))[2] فيفيدُ[3] الثَّوابَ مطلقاً، إلاَّ أنْ يقال: المرادُ في الحديث قضاءُ الشَّهوة لأجلِ تحصينِ النَّفْس، وقد صرَّحَ في "الأشباه"[4]: ((بأنَّ النِّكاح سنَّةٌ مؤكَّدةٌ، فيَحتاجُ إلى النيَّة))،

(قولُهُ: لأنَّ عدمَ الجَوْر من مَواجبهِ[5] إلخ) أي وقد قُلْنا: إنَّه إذا خاف الجَوْرَ يُكرهُ فيكونُ باقي المَواجبِ كذلك، لكن قد يقالُ: لا يُحكمُ على الأعمِّ بحكم الفَرْد الخاصِّ لاحتمال وُجُود فَرْقٍ بينه وبين باقي الأفراد خُصوصاً إذا كانت حُقوقَهُ تعالى، تأمَّل.

---

(١) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((بمواجبه))، وكذا نسختا "البحر" المخطوطة والمطبوعة، وما أثبتناه من "م" هو الصواب الموافق لقواعد العربية.

(٢) أخرجه أحمد ١٦٧/٥ـ ١٧٨، ومسلم (١٠٠٦) كتاب الزكاة ـ باب الصدقة في كلِّ معروف، والبخاري في "الأدب" (٢٢٧)، وأبو داود (١٢٨٦) كتاب الصلاة ـ باب الضحى، والنسائي في "الكبرى" (٩٠٢٨) كتاب عِشْرَة النساء، وصححه ابن حبان (٨٣٨) كلهم من طريق يحيى بن يَعمَر عن أبي الأسود عن أبي ذر مرفوعاً، وقد أخرج أصل الحديث غيرهم من الطريق نفسها، وأخرجه أحمد ١٥٤/٥، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٨٠/٦ من طريق أبي البختري عن أبي ذر مرفوعاً، و لم يسمع منه.

وأخرجه أحمد ١٦٩/٥، والنسائي في "الكبرى" (٩٠٢٧) عن أبي سلام ممطور عن أبي ذر مرفوعاً، وفي هذه الرواية تعليل إثابة الرجل في مباضعة أهله فلتراجع، وبقية الروايات عن أبي ذر ليس فيها ذكر هذه الزيادة.

(٣) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((يفيد)).

(٤) "الأشباه والنظائر": الفن الأول ـ القواعد الكلية ـ القاعدة الأولى: لا ثواب إلا بالنية صـ١٨ـ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله.

(٥) انظر التعليق (١) من هذه الصحيفة.

ويُندَبُ إعلانُهُ، وتقديمُ خُطْبةٍ،..........................

وأشار بالفاء إلى توقُّفِ كونِهِ سنَّةً على النيَّةِ، ثمَّ قال: ((وأمَّا المباحاتُ فتختلفُ صفتُها باعتبارِ ما قُصِدَتْ لأجلِهِ، فإذا قُصِدَ بها التَّقوِّي على الطَّاعات أو التَّوصُّلُ إليها كانت عبادةً كالأكلِ والنَّومِ واكتسابِ المال والوطء)) اهـ.

ثمَّ رأيتُ في "الفتح"[١] قال: ((وقد ذكرنا أنَّه إذا لم يَقترِنْ بنيَّةٍ كان مباحاً؛ لأنَّ المقصود منه حينئذٍ مجرَّدُ قضاءِ الشَّهوة، ومبنى العبادةِ على خلافِهِ، وأقولُ: بل فيه فضلٌ من جهةِ أنَّه كان متمكِّناً من قضائها بغيرِ[٢] الطَّريق المشروع، فالعدولُ إليه مع ما يَعْلَمُهُ من أنَّه قد يَستلزِمُ أثقالاً فيه قصدُ تَرْكِ المعصية)) اهـ.

[١١١٢٢] (قولُهُ: ويُندَبُ إعلانُهُ) أي: إظهارُهُ، والضَّميرُ راجعٌ الى النِّكاح بمعنى العَقْد؛ لحديث "التِّرمذيِّ"[٣]: ((أَعْلِنُوا هذا النِّكاح، واجعلوه[٤] في المساجد، واضربوا [٣/ق٥/أ] عليه بالدُّفوف))، "فتح"[٥]. ٢٦١/٢

[١١١٢٣] (قولُهُ: وتقديمُ خُطبةٍ) بضمِّ الخاء: ما يُذكَرُ قبل إجراءِ العَقْد من الحمدِ والتَّشهُّد، وأمَّا بكسرِها فهي طلبُ التَّزوُّج، وأطلَقَ الخطبةَ فأفادَ أنَّها لا تتعيَّنُ بألفاظٍ مخصوصةٍ،

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠١ ـ ١٠٢.

(٢) ((كان متمكناً من قضائها بغير)) ساقط من "آ".

(٣) أخرجه الترمذي (١٠٨٩) كتاب النكاح ـ باب إعلان النكاح، والبيهقي ٥/٢٩٠ من طريق عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة مرفوعاً، وقال الترمذي: غريب حسن، وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث. وقد أنكر الحفاظ على عيسى هذا الحديث، قال البخاري: منكر الحديث.

وأخرجه ابن ماجه (١٨٩٥) كتاب النكاح ـ باب إعلان النكاح، وسعيد بن منصور (٦٣٥) نكاح السِّر، وأبو نعيم في "الحلية" ٣/٢٦٥ وغيرهم. كلُّهم من طريق خالد بن إلياس ـ متروك ـ عن ربيعة الرأي عن القاسم عن عائشة نحوه، وأخرجه ابن أبي حاتم في "العلل" ٢/٤٢٥ عن القعنبي عن خالد عن القاسم، به، وقال: الصحيح هذا. وخالد اتفقوا على تضعيفه.

أما الأمر بإعلان النكاح فقد أخرجه أحمد ٤/٥، وصححه ابن حبان (٤٠٦٦)، وغيرهم عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه مرفوعاً، وله شاهد من حديث محمد بن حاطب سيأتي صـ٣٠ـ، وآخر عند الطبراني عن السائب بن يزيد وهَبَّار بن الأسود فليراجع.

(٤) في "م": ((واجلوه))، وهو تحريف.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٢.

وكونُهُ في مسجدٍ يومَ جمعةٍ، ....

وإنْ خطَبَ بما ورَدَ فهو أحسنُ، ومنه ما ذكرَهُ "ط"[١] عن صاحب "الحصن الحصين"[٢] من لفظِهِ عليه الصَّلاة والسَّلام[٣]، وهو: ((الحمدُ لله نحمدُهُ، ونستعينُ به ونستغفرُه، ونعوذُ بالله من شُرُورِ أنفسنا وسيِّئات أعمالنا، مَن يهدي الله فلا مُضِلَّ له، ومن يُضلِلْ فلا هاديَ له، وأشهدُ أنْ لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهدُ أنَّ محمَّداً عبدُهُ ورسوله. ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ﴾ إلى ﴿رَقِيبًا﴾ [النساء- ١]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران- ١٠٢]، ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ إلى قوله: ﴿عَظِيمًا﴾ [الأحزاب- ٧٠، ٧١])) اهـ.

[١١١٢٤] (قولُهُ: في مسجدٍ) للأمرِ به في الحديث[٤]، "ط"[٥].

[١١١٢٥] (قولُهُ: يومَ جمعةٍ) أي: وكونُهُ يومَ جمعةٍ، "فتح"[٦].

(تنبيهٌ)

قال في "البزَّازيَّة"[٧]: ((والبناءُ[٨] والنِّكاحُ بين العيدين جائزٌ، وكُرِهَ الزِّفافُ، والمختارُ

---

(١) "ط": كتاب النكاح ٢/٥.

(٢) "الحصن الحصين من كلام سيد المرسلين": صـ٢٠ـ، لأبي محمد محمد بن محمد بن علي، شمس الدين، الشهير بابن الجزريِّ الدمشقيِّ، ثم الشيرازيِّ الشافعيِّ (ت٨٣٣هـ). ("كشف الظنون" ١/٦٦٩، "غاية النهاية" ٢/٢٤٧، "الضوء اللامع" ٩/٢٥٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١١٨) كتاب النِّكاح ـ باب خُطبة النكاح، والترمذيّ (١١٠٥) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في خُطبة النكاح، وقال: حديث عبد الله حديث حسن، وابن ماجه (١٨٩٢) كتاب النكاح ـ باب خُطبة النكاح، والنسائي ٦/٨٩ كتاب النكاح ـ باب ما يستحب من الكلام عند النكاح، وفي "عمل اليوم والليلة" (٤٨٨ و٤٨٩ و٤٩٣). كلُّهم من حديث أبي إسحاق وأبي عبيدة وأبي الأحوص عن عبد الله بن مسعود ﷺ مرفوعاً.
وأخرجه أبو داود (٢١١٩) عن أبي عياض ـ مجهول ـ عن ابن مسعود فذكره مرفوعاً.

(٤) تقدم تخريجه صـ٢٥ـ.

(٥) "ط": كتاب النكاح ٢/٥.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٢.

(٧) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن عشر في الحظر والإباحة ـ (نوع آخر) ٤/١٥٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) ((البناء)) ساقطة من "الأصل" و"آ"، وفي "ب": ((البنى)).

بعاقدٍ رشيدٍ، وشُهُودٍ عُدُولٍ، والاستِدانةُ له،........................

أنَّه لا يكرهُ؛ لأنَّه عليه الصَّلاة والسَّلام تزوَّجَ بـ"الصِّدِّيقةِ" في شوَّالٍ وبَنَى بها فيه[١]، وتأويلُ قوله عليه السَّلام: ((لا نكاحَ بين العيدين))[٢] ـ إنْ صَحَّ ـ أنَّه عليه السَّلامُ[٣] كان رجَعَ عن صلاة العيد في أقصرِ أيَّام الشِّتاء يومَ الجمعة، فقاله حتَّى لا يفوتَهُ الرَّواحُ في الوقت الأفضلِ إلى الجمعة)) اهـ.

[١١١٢٦] (قولُهُ: بعاقدٍ رشيدٍ وشُهُودٍ عُدُولٍ) فلا ينبغي أنْ يَعقِدَ مع المرأةِ بلا أَحَدٍ من عَصَباتِها[٤]، ولا مع عَصَبةٍ فاسقٍ، ولا عند شُهُودٍ غيرِ عُدُولٍ خروجاً من خلافِ الإمام "الشَّافعيِّ".

[١١١٢٧] (قولُهُ: والاستدانةُ له) لأنَّ ضمان ذلك على الله تعالى، فقد رَوَى "التِّرمذيُّ" و"النَّسائيُّ" و"ابن ماجه": ((ثلاثٌ حَقٌّ على الله تعالى عَوْنُهم: المكاتبُ الذي يريدُ الأداءَ، والنَّاكحُ الذي يريدُ[٥] العفافَ، والمجاهدُ في سبيل الله تعالى))[٦] ذكرَهُ بعضُ المحشِّين،

(قولُهُ: فلا ينبغي أن يَعقدَ مع المرأة بلا أحدٍ إلخ) هذه المسألة مماثلةٌ لِما ذكرهُ "الشارحُ" في الحكم غيرُ داخلةٍ فيه.

---

(١) أخرجه أحمد ٥٤/٦، ٢٠٦، ومسلم (١٤٢٣) كتاب النِّكاح ـ باب التَّزوُّج في شوال، والترمذي (١٠٩٣) كتاب النِّكاح ـ باب ما جاء في الأوقات التي يستحبُّ فيها النِّكاح، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ٧٠/٦ كتاب النِّكاح ـ باب التَّزويج في شوال و١٣١/٦ باب البناء في شوال، وابن ماجه (١٩٩٠) كتاب النِّكاح ـ باب متى يستحبُّ البناء بالنِّساء؟ والدارمي (٢٢١٧) كتاب النكاح ـ باب البناء في شوال، وعبد بن حُميد (١٥٠٨) وغيرهم. كلُّهم من حديث عروة عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) لم نعثر على تخريجه فيما بين أيدينا من المصادر الحديثية.

(٣) من ((لا نكاح)) إلى ((السلام)) ساقط من "الأصل".

(٤) في "ب" و"م": ((عصابتها)).

(٥) ((الأداء والناكح الذي يريد)) ساقط من "آ".

(٦) أخرجه أحمد ٢٥١/٢، والترمذي (١٦٥٥) كتاب الجهاد ـ باب ما جاء في المجاهد والنَّاكح، وحسنه، والنسائي =

والنَّظَرُ إليها قبلَهُ، وكونُها دونَهُ سِنّاً وحَسَباً وعِزّاً ومالاً، وفوقَهُ خُلُقاً وأدباً ووَرَعاً وجمالاً،...

وتقدَّمَ[(١)] تمامُ الكلام على ذلك.

[١١١٢٨] (قولُهُ: والنَّظَرُ إليها قبلَهُ) أي: وإنْ خافَ الشَّهوةَ كما صرَّحُوا به في الحظر والإباحة، وهذا إذا عَلِمَ أنَّه يُجابُ في نكاحها.

[١١١٢٩] (قولُهُ: دونَهُ سِنّاً) لئلا يُسرِعَ عُقْمُها فلا تَلِدَ.

[١١١٣٠] (قولُهُ: وحَسَباً) هو ما تَعُدُّهُ من مَفَاخرِ آبائك، "ح"[(٢)] عن "القاموس"[(٣)]، أي: بأنْ يكون الأصولُ أصحابَ شرفٍ وكرمٍ وديانةٍ؛ لأنَّها إذا كانت دونه في ذلك ـ وكذا في العِزِّ، أي: الجاهِ والرِّفعةِ وفي المالِ ـ تَنْقادُ له ولا تَحتَقِرُهُ، وإلاَّ ترفَّعَتْ عليه، وفي "الفتح"[(٤)]: ((رَوَى "الطَّبرانيُّ" [٣/ق٥/ب] عن "أنس" عنه ﷺ: ((مَن تَزَوَّجَ امرأةً لعِزِّها لم يَزِدْهُ اللهُ إلاَّ ذُلاًّ، ومَن تَزَوَّجَها لمالِها لم يَزِدْهُ اللهُ إلاَّ فَقْراً، ومَن تَزَوَّجَها لحَسَبِها لم يَزِدْهُ اللهُ إلاَّ دناءةً، ومَن تَزَوَّجَ امرأةً لم يُرِدْ بها إلاَّ أنْ يَغُضَّ بصرَهُ ويُحصِّنَ فَرْجَهُ أو يَصِلَ رَحِمَهُ بارَكَ اللهُ له فيها وبارَكَ لها فيه))[(٥)])).

= ٦١/٦ كتاب الجهاد ـ باب معونة الله النَّاكح يريد العفاف، وفي "الكبرى" (٤٣٢٨)، وابن ماجه (٢٥٨١) كتاب العتق ـ باب المكاتب، وابن أبي عاصم في الجهاد (٨٣)، وعبد الرزاق (٩٥٤٢)، وأبو يعلى (٦٥٣٥) وصححه ابن حبان (٤٠٣٠) والحاكم ١٦٠/٢، ٢١٧ وقال على شرط مسلم، والبيهقي ٧٨/٧ كتاب النكاح ـ باب الرغبة فيه كلهم من طريق محمد بن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً، وقد صرح ابن عجلان بسماعه من سعيد في رواية يحيى القطان، وراه أبو معشر نجيح ـ ضعيف ـ عن سعيد به موقوفاً عند عبد الرزاق وقال الدارقطني في "العلل" ٣٥١/١٠: وقفه خالد عن ابن عجلان ورفعُه صحيح.

(١) المقولة [١١١١٤] قوله: ((وهذا إن ملك المهر والنفقة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب.

(٣) "القاموس": مادة((حسب)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

(٥) أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٢٣٦٣)، وابن حبان في "الضعفاء" ١٥١/٢، وأبو نعيم في "الحلية" ٢٤٥/٥، وابن الجوزي في "الموضوعات" ٢٥٨/٢، وذكره ابن طولون في "الشذرة في الأحاديث المشتهرة" (٩٣٨)، كلُّهم من حديث عبد السلام ابن عبد القدوس عن إبراهيم بن أبي عبلة عن أنس ﷺ مرفوعاً، قال أبو نعيم: غريب من حديث إبراهيم تفرد به عبد السلام، قال ابن عدي: عامة ما يرويه غير محفوظ، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات.

....

(تتمَّةٌ)

زاد في "البحر"[1]: ((ويختارُ أيسرَ النِّساء خِطبةً ومُؤْنةً، ونكاحُ البكرِ أحسنُ للحديث: ((عليكم بالأبكار، فإنَّهنَّ أعذبُ أفواهاً وأنقى أرحاماً وأرضى باليسير))[2]، ولا يتزوَّجُ طويلةً مهزولةً، ولا قصيرةً دميمةً، ولا مُكثِرةً، ولا سيِّئةَ الخُلُق، ولا ذاتَ الولد، ولا مُسِنَّةً؛ للحديث: ((سوداءُ وَلُودٌ خيرٌ من حسناءَ عقيمٍ))[3]، ولا يتزوَّجُ الأَمَةَ مع طَوْلِ الحُرَّة، ولا زانيةً، والمرأةُ تختارُ الزَّوجَ الدَّيِّنَ، الحَسَنَ الخُلُق، الجوادَ، المُوسِرَ، ولا تتزوَّجُ فاسقاً، ولا يُزوِّجُ ابنتَهُ الشَّابَّةَ شيخاً كبيراً، ولا رَجُلاً دميماً، ويُزوِّجُها كُفْئاً، فإنْ خطَبَها الكُفءُ لا يُؤخِّرُها، وهو كلُّ مسلمٍ تقيٍّ، وتحليةُ البناتِ بالحُلِيِّ والحُلَلِ لِيَرْغَبَ فيهن الرِّجالُ سنَّةٌ، ولا يَخطُبُ مخطوبةَ غيرِهِ؛ لأنَّه جفاءٌ وخيانةٌ)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٦ ـ ٨٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٨٦١) كتاب النكاح ـ باب تزويج الأبكار، والطبراني في "المعجم الكبير" ١٧/١٤٠ـ ١٤١ و"الأوسط" (٤٥٨)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٧/٨٠ كتاب النكاح ـ باب استحباب التزويج بالأبكار، عن عبد الرحمن بن سالم بن عبد الرحمن بن عويم بن عتبة بن عويم، عن أبيه، عن جده. وقد رجح ابن حجر في "التهذيب" ٣/٣٤٠ عود ضمير (أبيه) (جده) على سالم لا عبد الرحمن، والصحيح أنه من مسند عويم بن ساعدة. وأخرج الطبراني (١٠٢٤٤) من طريق أبي بلال الأشعري عن حماد عن عاصم عن زر عن عبد الله مرفوعاً، فذكره، والأشعري ضعفه الدارقطني والصحيح ما رواه ابن أبي شيبة ٣/٤٦٥ عن أبي أسامة عن حماد عن عاصم قال عمر فذكره. ثم أخرج حديث ابن مسعود موقوفاً، وفيه مبهم، وله طرق واهية غيرها أعرضنا عنها، وقد أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٤١)، وابن أبي شيبة عن مكحول مرسلاً، وسعيد بن منصور (٥١٢) عن عمرو بن عثمان مرسلاً، وفي الصحيحين عن جابر: ((فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك)).

(٣) أخرجه الطبراني في "الكبير" ١٩/٤١٦، وابن حبان في "الضعفاء" ٢/١١١، وتمام في "الفوائد" (٧٥٤) روض، من طريق علي بن الربيع عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده مرفوعاً، وقال ابن حبان: وهذا حديث منكر لا أصل له عن بهز، وعلي يروي المناكير، قال العراقي في تخريج "الإحياء" ٢/٤٢: لا يصح.

وأخرجه ابن عدي ٢/٣٧٢، وأبو يعلى كما في "إتحاف المهرة" ق/٤٧ من طريق حسان بن سياه ثنا عاصم عن زر عن عبد الله مرفوعاً ((دعوا الحسناء)) فذكر نحوه، قال ابن عدي: وحسان الضعف على رواياته بيّن، وعامتها لا يتابع عليه، ورواه مبارك بن فضالة عن عاصم عمن حدثه عن أبي موسى نحوه بمعناه، والصحيح ما رواه معمر عن عبد الملك بن عمير وعاصم مرسلاً.

أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٤٤) وعن محمد بن سيرين مرسلاً (١٠٣٤٣) وله شاهدٌ من حديث معقل بن يسار مرفوعاً ((تزوجوا الولود الودود)) وفيه قصة أخرجه أبو داود (٢٠٥٠)، والنسائي ٦/٦٥، والبيهقي ٧/٨١ كلُّهم في كتاب النكاح ـ باب كراهة تزوج العقيم، وروى البيهقي من طريق حفص عن أنس نحوه مرفوعاً.

وهل يكرهُ الزِّفافُ؟ المختارُ لا إذا لم يَشتمِلْ على مَفْسدةٍ دينيَّةٍ..................

[١١١٣١] (قولُهُ: وهل يُكرَهُ الزِّفافُ؟) هو بالكسرِ ككِتابٍ: إهداءُ المرأة إلى زَوْجها، "قاموس"[(١)]. والمرادُ به هنا اجتماعُ النِّساء لذلك؛ لأنَّه لازمٌ له عُرْفاً، أفادَهُ "الرَّحميُّ".

[١١١٣٢] (قولُهُ: المختارُ لا إلخ) كذا في "الفتح"[(٢)] مُستدلاً له بما مرَّ[(٣)] من حديثِ "التِّرمذيِّ" وما رواه "البخاريُّ" عن "عائشة" رضي الله تعالى عنها قالت: زَفَفْنا امرأةً إلى رجلٍ من الأنصار، فقال النبيُّ ﷺ: ((أَمَا يكونُ معهم لَهْوٌ؟ فإنَّ الأنصارَ يُعجِبُهم اللَّهوُ))[(٤)]، وروى "التِّرمذيُّ" و"النَّسائيُّ" عنه ﷺ: ((فَصْلُ ما بين الحلالِ والحرامِ الدُّفُّ والصَّوتُ))[(٥)]، وقال الفقهاء: المرادُ بالدُّفِّ ما لا جَلاجِلَ له اهـ.

وفي "البحرِ"[(٦)] عن "الذَّخيرة": ((ضَرْبُ الدُّفِّ في العُرْس مُختلَفٌ فيه، وكذا اختلفوا

---

(١) "القاموس": مادة (زفف) بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣.

(٣) المقولة [١١١٢٢] قوله: ((ويندب إعلانه)).

(٤) أخرجه البخاري (٥١٦٢) كتاب النكاح ـ باب النِّسوة يُهْدِيْنَ المرأة إلى زوجها، والبيهقي ٢٨٨/٧ كتاب الصداق ـ باب إظهار النكاح، والحاكم ١٨٤/٢، كلهم من حديث محمد بن سابق عن إسرائيل عن هشام عن أبيه عن عائشة، به، قال الحاكم: على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ومع أن البخاري أخرجه لم يتعقبه الذهبي وكأن سبب توهم الحاكم أن الحديث فرد، وتابعه شريك عن هشام، به، وأخرجه الطبراني في "الأوسط" (٣٢٧٧) بإسناد مسلسل بالضعفاء.

وأخرجه أحمد ٢٦٩/٦، وابن حبان في صحيحه (٥٨٧٥) عن سهل بن أبي حثمة عن عائشة نحوه مرفوعاً، وله شاهد أخرجه أحمد ٣٩١/٣ وغيره من طرق عن الأجلح عن أبي الزبير عن جابر ومع تفرد الأجلح به فقد تردد فيه فرواه ابن ماجه (١٩٠٠) في النكاح باب الغناء، عنه، عن أبي الزبير عن ابن عباس ولعل الوهم منه.

(٥) أخرجه أحمد ٤١٨/٣، والترمذي (١٠٨٨)، والنسائي ١٢٨/٦، وفي "الكبرى" (٥٥٦٢)، وابن ماجه (١٨٩٦) وصححه الحاكم ١٨٤/٢ كلهم في كتاب النكاح ـ باب إعلان النكاح، وسعيد بن منصور (٦٢٩) باب نكاح السر، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٨٩/٧ وغيرهم.

من طرق عن أبي بلج يحيى بن سليم عن محمد بن حاطب الجمحي مرفوعاً، قال الترمذي: هذا حديث حسن، وأخرجه ابن أبي شيبة ٣٢١/٣٣ موقوفاً.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٦/٣ بتصرف.

(ويَنعقِدُ) مُلتبِساً (بإيجابٍ)..........................

في الغناء في العرس والوليمة، فمنهم مَن قال بعدم كراهتِهِ كضَرْبِ الدُّفِّ)).

[١١١٣٣] (قولُهُ: ويَنعقِدُ) قال في "شرح الوقاية"[(١)]: ((العَقْـدُ: ربطُ أجزاءِ التَّصرُّفِ، أي: الإيجابُ والقبولُ شرعاً، لكنْ هنا أُرِيْدَ بالعَقْدِ الحاصلُ بالمصدر، وهو الارتباطُ، لكنَّ النِّكاح الإيجابُ والقبولُ مع [٣/ق٦٦/أ] ذلك الارتباط، وإنما قلنا هذا لأنَّ الشَّرع يَعتبِرُ الإيجابَ والقبولَ أركانَ عَقْدِ النِّكاح، لا أموراً خارجيَّةً كالشَّرائط، وقد ذكرتُ في "شرح التَّنقيح"[(٢)] في فصل النَّهْي: أنَّ الشَّرع يَحكُمُ بأنَّ الإيجابَ والقبول الموجودين حِسّاً يَرْتَبِطان ارتباطاً حكميّاً، فيحصُلُ معنًى شرعيٌّ يكونُ مِلْكُ المشتري أثراً له، فذلك المعنى هو البيعُ، فالمرادُ بذلك المعنى المجموعُ المركَّبُ من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباطِ للشَّيء، لا أنَّ البيع مجرَّدُ ذلك المعنى الشَّرعيِّ والإيجابَ والقبولَ آلةٌ له كما توهَّمَ البعضُ؛ لأنَّ كونهما أركاناً يُنافي ذلك)) اهـ، أي: يُنافي[(٣)] كونَهما آلةً. ٢٦٢/٢

وأشار "الشارحُ" إلى ذلك، حيث جعَلَ الباءَ للملابسة كما في: بَنَيْتُ البيتَ بالحَجَر، لا للاستعانة كما في: كتبتُ بالقَلَم.

(قولُهُ: فذلك المعنى هو البيعُ) لا يناسبُ التفريعَ بل المناسبُ الإتيانُ بالواو.

(قولُهُ: لأنَّ كونَهما أركاناً يُنافي إلخ) قد يقالُ: إنَّ جَعْلهما آلةً لا يُنافي جَعْلَهما من الأركان؛ لأنَّ المرادَ منها الأركانُ المَجازيَّةُ، وذلك كما في "الدُّرر": ((أنَّه لَمَّا كان بين اللَّفْظ الإنشائيِّ ومعناه علاقةٌ قويةٌ بحيث لا يَتخلَّفُ عنه المعنى؛ لأنَّ الإنشاءَ إيجادُ معنىً بلفظٍ يُقارِنُهُ في الوجود، سَمَّى الألفاظَ الإنشائيَّةَ بأسامي المعاني؛ حيث ذَكَرَ النِّكاحَ وأُريدَ به الإيجابُ والقَبُولُ مع أنَّه المعنى الحاصلُ منهما، وحينئذٍ يكونُ العَقدُ وارداً ومُفيداً لهذا المعنى المرتَّبِ عليه حِلُّ المُتعة))، تأمَّل.

---

(١) "النقاية شرح مختصر الوقاية": كتاب النكاح ٥٤٦/١ بتصرف.

(٢) "شرح التوضيح على التنقيح": الباب الثاني في إفادة اللفظِ الحكمَ الشرعي ـ فصل: النهيُ إمَّا عن الحسيَّات وإمَّا عن الشرعيات ٢١٥/١.

(٣) في "آ": ((لا ينافي))، وهو خطأ.

من أحدِهما (وقَبُولٍ) من الآخرِ (وُضِعَا للمُضيِّ) لأنَّ الماضيَ أَدَلُّ على التَّحقيق....

والحاصلُ: أنَّ النِّكاح والبيع ونحوَهما وإنْ كانت توجدُ حِسّاً بالإيجاب والقبول، لكنَّ وصفَها بكونها عُقُوداً مخصوصةً بأركانٍ وشرائطَ يترتَّبُ عليها أحكامٌ وتنتفي تلك العقودُ بانتفائها وجودٌ شرعيٌّ زائدٌ على الحسِّيِّ، فليس العَقْدُ الشَّرعيُّ مجرَّدَ الإيجابِ والقبول ولا الارتباطِ وحدَهُ، بل هو مجموعُ الثَّلاثة، وعليه فقولُهُ: ((ويَنعقِد)) أي: النِّكاحُ، أي: يَثْبُتُ ويحصُلُ انعقادُهُ بالإيجابِ والقبول.

[١١١٣٤] (قولُهُ: مِن أحدِهما) أشارَ إلى أنَّ المتقدِّم من كلام العاقدين إيجابٌ ـ سواءٌ كان المتقدِّمُ كلامَ الزَّوج أو كلامَ الزَّوجة ـ والمتأخرَ قبولٌ، "ح"[1] عن "المنح"[2]. فلا يُتصوَّرُ تقديمُ القبول، فقولُهُ: تزوَّجْتُ ابنتَكَ إيجابٌ، وقولُ الآخرِ: زَوَّجتُكَها قبولٌ خلافاً لِمَن قال: إنَّه من تقديم القبول على الإيجاب، وتمامُ تحقيقِهِ في "الفتح"[3].

[١١١٣٥] (قولُهُ: لأنَّ الماضيَ إلخ) قال في "البحر"[4]: ((وإنما اختِيْرَ لفظُ الماضي لأنَّ واضع اللُّغة لم يَضَعْ للإنشاءِ لفظاً خاصّاً، وإنما عُرِفَ الإنشاءُ بالشَّرع، واختيارُ لفظِ الماضي لدلالتِهِ على التَّحقيق والثُّبوت دون المستقبل)) اهـ. وقولُهُ: ((على التَّحقيق)) أي: تحقيقِ وقوعِ الحَدَث.

(قولُهُ: فلا يُتصوَّر تقديمُ القَبُول إلخ) مُشكلٌ بما لو قال: قبلتُ نكاحَكِ، فقالت: زوَّجتُكَ نفسي فهل ينعقدُ بذلك أمْ يحتاجُ إلى إعادة قولِهِ: قبلت مرَّةً أخرى؟ يراجع. اهـ "سندي". وقال "المقدسيُّ": ((الإيجابُ: اللَّفظُ الصَّادرُ أوَّلاً ولو كان لفظُهُ يُشعِرُ بالتأخير، كـ: قبلتُ نكاحَكِ بكذا، فقالت: تزوَّجتُكَ به اهـ)).

---

(١) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب.

(٢) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١١٢/ب بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٢/٣ معزيّاً إلى "الدراية" و"النهاية".

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٧/٣.

(كـ: زَوَّجْتُ) نَفْسي أو بِنْتِي أو مُوكِّلتي منكَ (و) يقولُ الآخرُ (تزوَّجْتُ).

(و) يَنعقِدُ أيضاً (بما) أي: بلفظَيْنِ (وُضِعَ أحدُهما له) للمضيِّ (والآخرُ للاستقبالِ أو للحالِ، فالأوَّلُ الأَمْرُ[1] (كـ : زَوِّجْني) أو زَوِّجيني نفسَكِ،.......................

[١١١٣٦] (قولُهُ: كـ: زَوَّجْتُ نفسي إلخ) أشارَ إلى عدمِ الفرق بين أنْ يكونَ الموجِبُ أصيلاً أو وليّاً أو وكيلاً، وقولُهُ: ((مِنْكَ)) بفتحِ الكاف، وليس مرادُهُ استقصاءَ الألفاظ التي تصلُحُ للإيجاب حتَّى يَرِدَ عليه أنَّ مثلَ بنتي ابني، ومثلَ موكِّلتي موكِّلي، وأنَّه [٣/ق٦/ب] كان عليه أنْ يقولَ بعد قوله: ((منك)) : بفتح الكاف وكسرها، أو((مِن مَوْلِيَّتِكَ أو من مُوكِّلتِكَ)) بفتح الكاف وكسرِها أيضاً ليَعُمَّ الاحتمالاتِ، فافهم.

[١١١٣٧] (قولُهُ: ويقولُ الآخرُ: تَزَوَّجْتُ) أي: أو قَبِلْتُ لِنَفْسي، أو لموكِّلي، أو ابني، أو موكِّلتي، "ط"[2].

[١١١٣٨] (قولُهُ: فالأوَّلُ) أي: الموضوعُ للاستقبال.

[١١١٣٩] (قولُهُ: نفسَكِ) بكسرِ الكاف مفعولُ ((زَوِّجيني))، أو بفتحِها مفعولُ ((زَوِّجْني))، ففيه حذفُ مفعولِ أحدِ الفعلين، ولو حذَفَهُ لشَمِلَ الوليَّ والوكيلَ أيضاً، أفادَهُ "ح"[3].

(قولُهُ: ولو حذَفَه لشَمِلَ الوليَّ والوكيلَ إلخ) أي: إذا خاطبَهُ أو خاطبَ الوكيلَ، وكذا يشملُ حينئذٍ ما إذا خاطبتِ المرأةُ وليَّ الزَّوج أو وكيلَهُ.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: فالأول الأمر، أي: الاستقبال. أقول: وفيه كلام، وهو الأولى أن يُقَال، والمرادُ بالمستقبل أعمُّ من الأمر؛ لأنَّه صرَّح في النهاية بأنَّ النِّكاح ينعقد بأن يقول الرجل للمرأة: أتزوجك على كذا، فتقول المرأة: قبلت. وذِكْرُ الأمرِ للتمثيل ليس بحصر كما لا يخفى. يعقوب باشا، "ط")). ق١٥٠/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح ٢/٦.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب.

أو كُوْنِي امرأتي، فإنَّه ليس بإيجابٍ، بل هو توكيلٌ ضِمْنِيٌّ.......................

[١١١٤٠] (قولُهُ: أو كُوْنِي امرأتي) ومثلُهُ: كُوْني امرأةَ ابني أو امرأةَ مُوكِّلي، وكذا: كُنْ زَوْجي، أو كُنْ زوجَ بِنْتِي، أو زَوْجَ مُوكِّلتي، أفادَهُ "ح"[(١)].

[١١١٤١] (قولُهُ: فإنَّه ليس بإيجابٍ) الفاءُ فصيحةٌ، أي: إذا عرفتَ أنَّ قوله: ((بما وُضِعَ)) معطوفٌ على قوله: ((بإيجابٍ وقبولٍ))، وعرفتَ أيضاً أنَّ العطف يقتضي المغايرةَ عَرَفْتَ أنَّ لفظ الأمرِ ليس بإيجابٍ، لكنَّ هذا يقتضي أنَّ قولَ الآخرِ: زَوَّجْتُ في هذه الصُّورة ليس بقبولٍ، وهو كذلك، أي: ليس بقبولٍ محضٍ، بل هو لفظٌ قامَ مَقامَ الإيجابِ والقبولِ كما ذكرَهُ "الشَّارح"، ويَرِدُ عليه أنَّ عطف الحالِ على الاستقبالِ يَقتضي أنَّ نحوَ قوله: أَتَزَوَّجُكِ ليس بإيجابٍ، وأنَّ قولها: قَبِلْتُ مُجيبةً له ليس بقبولٍ مع أنَّهما إيجابٌ وقبولٌ قطعاً، "ح"[(٢)].

[١١١٤٢] (قولُهُ: بل هو توكيلٌ ضمنيٌّ) أي: أنَّ قولَهُ: زَوِّجْني توكيلٌ بالنِّكاح للمأمورِ معنًى، ولو صرَّحَ بالتَّوكيل وقال: وَكَّلْتُكِ بأنْ تُزَوِّجي نفسَكِ منِّي، فقالت: زَوَّجْتُ صَحَّ النِّكاحُ، فكذا هنا، "غاية البيان". وأشار بقوله: ((ضمنيٌّ)) إلى الجوابِ عمَّا أُورِدَ عليه من أنَّه لو كان توكيلاً لَمَا اقتصرَ على المجلسِ مع أنَّه يَقتصِرُ، وتوضيحُ الجواب ـ كما أفادَهُ "الرَّحمتيُّ" ـ: ((أنَّ المتضمَّنَ بالفتحِ لا تُعتبَرُ شروطُهُ، بل شروطُ المتضمِّنِ بالكسر، والأمرُ طلبٌ للنِّكاح، فيُشترَطُ فيه شروطُ النِّكاح من اتِّحادِ المجلس في رُكْنَيه، لا شروطُ ما في ضمنِهِ من الوكالة كما في: أَعْتِقْ عبدَكَ عنِّي بألفٍ، لَمَّا كان البيعُ فيه ضِمْنيّاً لم يُشترَطْ فيه الإيجابُ والقبولُ

(قولُهُ: وتوضيحُ الجواب كما أفاده "الرَّحمتيُّ" أنَّ المتضمِّن إلخ) يعني: أنَّ الأمرَ بظاهره إيجابٌ؛ لأنَّه ليس إلاَّ اللَّفظَ المفيدَ قُصِدَ تحقيقُ المعنى أو لا، وهو صادقٌ على الأمر، إلاَّ أنَّه لَمَّا كان مُتضمِّناً للتوكيل اشترطَ شُروطَ المُتضمِّن بالكسر، وهو الأمرُ الذي بظاهره إيجابٌ لا شروطَ المتضمَّن بالفتح، وهو الوكالةُ التي في ضِمْنه.

---

(١) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب.

(٢) "ح": كتاب النكاح ق١٥١/ب ـ ١٥٢/أ.

(فإذا قال) في المجلسِ: (زَوَّجْتُ) أو قَبِلْتُ أو بالسَّمْعِ والطَّاعةِ ـ "بزازية" ـ قامَ مَقامَ الطَّرَفين،

لعدمِ اشتراطِهما في العتق؛ لأنَّ المِلْكَ في الإعتاق شَرْطٌ، وهو تَبَعٌ للمقتَضِي، وهو العتق؛ إذ الشُّروطُ أَتْباعٌ، فلذا ثَبتَ البيعُ المقتضَى [٣/ق٧/أ] بالفتح بشروطِ المقتضِي بالكسر ـ وهو العِتْقُ ـ لا بشروطِ نفسِهِ إظهاراً للتَّبعيَّةِ، فسقَطَ القبولُ الذي هو ركنُ البيع، ولا يثبُتُ فيه خيارُ الرُّؤية والعيب، ولا يُشترَطُ كونُـهُ مقدورَ التَّسليم كما ذكرَهُ في "المنح"[1] في آخرِ نكاح الرَّقيق.

[١١١٤٣] (قولُهُ: فإذا قال) أي: المأمورُ بالتَّزويج.

[١١١٤٤] (قولُهُ: أو بالسَّمْعِ والطَّاعةِ) متعلِّقٌ بمحذوفٍ دَلَّ عليه المذكورُ، أي: زَوَّجْتُ أو قَبِلْتُ مُلتبِساً بالسَّمعِ والطَّاعة لأمرِكَ، ولا يحصُلُ السَّمعُ والطَّاعةُ لأمرِهِ إلاَّ بتقديرِ الجواب ماضياً مُراداً به الإنشاءُ؛ ليَتِمَّ شرطُ العَقْدِ بكونِ أحدِهما للمُضِيِّ.

[١١١٤٥] (قولُهُ: "بزَّازيَّة"[2]) نصُّ عبارتِها: ((قال: زَوِّجي نفسَكِ منِّي، فقالت: بالسَّمعِ والطَّاعةِ صَحَّ)) اهـ.

(قولُهُ: لعدم اشتراطِهما في العِتْق لأنَّ المِلكَ في الإعتاق شرطٌ إلخ) عبارة "السِّنْديِّ": ((إلاَّ أنَّ إلخ فانظر"المنح")). ثم رأيتُ "المنحَ" ذَكرَ ما نَصُّه: ((ولنا أنَّه أمكنَ تصحيحُهُ بتقديم المِلكِ بطريق الاقتضاء؛ إذ المِلكُ شَرْطٌ لصحَّة العِتْق عنه فيصيرُ قوله: أَعْتِق طلبَ التمليك منه بالأَلْف، ثم أَمَرَه بإعتاق عبدِ الآمِرِ عنه وقولُهُ: أعتقتُ تمليكاً منه، ثم الإعتاقُ عنه فإذا ثبتَ للآمِرِ فسد النِّكاحُ للتَّنافي بين المِلكَيْن. فالحاصلُ: أنَّ هذا من باب الاقتضاء وهو: دلالةُ اللَّفْظ على مسكوتٍ عنه يتوقَّفُ صِدْقُه عليه أو صِحَّتُه، فالمقتضَى بالفتح: ما استدعاه صِدْقُ الكلام، كرَفْعِ الخطأ والنِّسْيان، أو: حكمٌ لَزِمَهُ شرعاً، كمسألة الكتاب، فالملكُ فيه شرطٌ وهو تبعٌ للمقتضَى وهو العِتْقُ؛ إذ الشُّروطُ إلخ)).

---

(١) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١٣٠/ب.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في الآلة ١٠٩/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وقيل: هو إيجابٌ، ورجَّحَهُ في "البحر"..........................

ونقَلَ هذا الفرعَ في "البحر"[١] عن "النَّوازل"، ونقلَهُ[٢] في موضعٍ آخرَ عن "الخلاصة"[٣]، فافهم.

[١١١٤٦] (قولُهُ: وقيل: هو إيجابٌ) مقابلُ القولِ الأوَّلِ بأنَّه توكيلٌ، ومَشَى على الأوَّلِ في "الهداية"[٤] و"المجمع"، ونسَبَهُ في "الفتح"[٥] إلى المحقِّقين، وعلى الثَّاني ظاهرُ "الكنز"[٦]، واعترضَهُ في "الدُّرر"[٧]: ((بأنَّه مخالفٌ لكلامِهم))، وأجاب في "البحر"[٨] و"النَّهر"[٩]: ((بأنَّه صرَّحَ به في "الخلاصة"[١٠] و"الخانيَّة"[١١]))، قال في "الخانيَّة": ((ولَفْظةُ[١٢] الأمرِ في النِّكاح إيجابٌ، وكذا في الخُلْعِ والطَّلاقِ والكفالةِ والهبة)) اهـ.

قال في "الفتح"[١٣]: ((وهو أحسنُ؛ لأنَّ الإيجابَ ليس إلاَّ اللَّفظَ المفيدَ، قُصِدَ تحقُّقُ المعنى أوْ لا، وهو صادقٌ على لفظِ الأمرِ))، ثمَّ قال: ((والظَّاهرُ أنَّه لا بدَّ من اعتبارِ كونِهِ توكيلاً، ١/٢٦٣

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٩.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٤.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في جواز النكاح ق٧٤/ب معزياً إلى "النوازل".

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ١/١٨٩.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٤.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ١/١٣٨.

(٧) "الدرر": كتاب النكاح ١/٣٢٧.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٧.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/أ.

(١٠) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر في الوكالة في النكاح ق٨١/أ.

(١١) "الخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ١/٣٢٥ ـ ٣٢٦ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٢) في "م": ((ولفظ)).

(١٣) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٤.

....

وإلاَّ بقي طلبُ الفَرْقِ بين النِّكاح والبيع، حيث لا يَتِمُّ بقولِهِ: بِعْنيه بكذا، فيقولُ: بِعْتُ بلا جوابٍ))، لكنْ ذكَرَ في "البحر"[(١)] عن بيوع "الفتح"[(٢)] الفَرْقَ: ((بأنَّ النِّكاح لا يَدْخُلُه المساومةُ؛ لأنَّه لا يكونُ إلاَّ بعدَ مقدِّماتٍ ومراجعاتٍ، فكان للتَّحقيق بخلافِ البيع))، وأوردَ في "البحر"[(٣)] على كونه إيجاباً ما في "الخلاصة"[(٤)]: ((لو قال الوكيل بالنِّكاح: هَبِ ابنتَكَ لفلانٍ، فقال الأب: وهبتُ لا يَنعقِد النِّكاح ما لم يَقُل الوكيل بعده: قَبِلْتُ؛ لأنَّ الوكيل لا يَملِكُ التَّوكيل))، وما في "الظَّهيريَّة"[(٥)]: ((لو قال: هَبِ ابنتَكَ لابني، فقال: وَهَبتُ لم يَصِحَّ ما لم يَقُلْ أبو الصَّبيِّ: قَبِلْتُ))، ثمَّ أجابَ[(٦)] بقولِهِ: ((إلاَّ أنْ يقال بأنَّه مُفرَّعٌ على القول بأنَّه توكيلٌ لا إيجابٌ، وحينئذٍ تظهرُ ثمرةُ الاختلاف بين القولين، لكنَّه متوقِّفٌ على النَّقْل، وصرَّحَ في "الفتح"[(٧)]: بأنَّه على القولِ بأنَّ الأمر توكيلٌ يكونُ تمامُ العَقْدِ بالمجيب، وعلى [٣/ق٧/ب] القولِ بأنَّه إيجابٌ يكونُ تمامُ العَقْدِ قائماً بهما)) اهـ، أي: فلا يلزمُ على القولِ بأنَّه توكيلٌ قولُ الآمِرِ: قَبِلْتُ، فهذا مخالفٌ للجوابِ المذكور، وكذا يخالفُهُ تعليلُ "الخلاصة":

(قولُهُ: فهذا مُخالفٌ للجواب المذكور إلخ) يظهرُ أنَّه لا يُخالفُ الجوابَ المذكورَ؛ لأنَّ الاحتياجَ إلى القَبُول إنَّما كان بسبب عَدَم صحَّةِ توكيلِ الوكيل، فخرجت المسألةُ من باب كَوْن تمامِ العَقْد بالمُجيبِ،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب البيوع ٤٥٨/٥ ـ ٤٥٩.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر في الوكالة في النكاح ق٨١/أ بتصرف.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق٧٤/أ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ بتصرف.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣ بتصرف.

....

((بأنَّه ليس للوكيل أنْ يُوَكِّلَ))، نَعَمْ ما في "الظَّهيريَّة" مُؤَيِّدٌ للجواب، لكنْ قال في "النَّهـر"[١]: ((إنَّ ما في "الظَّهيريَّة" مشكلٌ؛ إذ لا يصحُّ تفريعُهُ على أنَّ الأمر إيجابٌ كما هو ظاهرٌ، ولا على أنَّه توكيلٌ لِما أنَّه يجوزُ للأبِ أنْ يُوكِّلَ بنكاحِ ابنِهِ الصَّغير؛ إذ بتقديرِهِ يكونُ تمامُ العَقْدِ بالمجيب غيرَ متوقِّفٍ على قبولِ الأب، وبه اندفَعَ ما في "البحر"[٢] من أنَّه مُفرَّعٌ على أنَّه توكيلٌ)) اهـ. لكنْ قال العلاَّمةُ "المقدسيُّ" في "شرحه": ((إنَّما توقَّفَ الانعقادُ على القبولِ في قولِ الأبِ أو الوكيلِ: هَبِ ابنتَكَ لفلانٍ أو لابني، أو أَعْطِها مثلاً لأنَّه ظاهرٌ في الطَّلب، وأنَّه مستقبلٌ لم يُرَدْ به الحالُ والتَّحقُّقُ، فلم يَتِمَّ به العَقْدُ بخلاف: زَوِّجْني بنتَكَ بكذا بعد الخِطْبة ونحوِها، فإنَّه ظاهرٌ في التَّحقُّقِ والإثباتِ الذي هو معنى الإيجاب)) اهـ، فتأمَّل.

هذا، وفي "البحر"[٣]: ((أنَّه يَنبني على القولِ بأنَّه توكيلٌ أنَّه لا يُشترَطُ سماعُ الشَّاهدين للأَمْرِ؛

بل هو قائمٌ باثنين ولا يخالفُهُ أيضاً تعليلُ "الخلاصة"، بل كاد أن يكون صريحاً فيه؛ إذْ قد بَنى عدمَ الصِّحة على أنَّ الوكيلَ ليس له أنْ يُوَكِّلَ وما هذا إلاَّ لاعتباره أنَّ الأمرَ توكيلٌ، وما أجاب به "المقدسيُّ" صحيحٌ بالنسبة لعبارة "الظهيريَّة" لا لفرع "الخلاصة"؛ لبنائه على التَّوكيلَ.

وفي "المَقدسيِّ": ((يُشْكِلُ عليه أنَّه لو كان الوكيلُ حاضراً عند مُباشَرة وكيله صَحَّ فعلُهُ وهو هنا حاضرٌ)).

وفي "السِّنْديِّ": ((أنَّ مباشرةَ وكيلِ الوكيل بحضرة الوكيل في النِّكاح لا تكونُ كمباشرة الوكيل بنفسه، بخلافه في البيع، كما في "الأصل")).

ونقل "عصامٌ" في "مختصره": ((أنَّه جعلَهُ كالبيع فلا يحتاجُ لقبوله))، تأمَّل. وقد يَدْفَعُ إشكالَ "النَّهر" ـ لِمَا في "الظهيريَّة": بأنَّه جارٍ على أنَّ الأمرَ توكيلٌ، ويحملُ الابنُ على البالغ فساوت ما في "الخلاصة" ـ أنَّ ما قاله "المَقدِسيُّ" يُبعِدُهُ تعليلُ "الخلاصة": بأنَّ الوكيلَ لا يَملِكُ التَّوكيلَ.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٨.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٨ بتصرف.

والثاني المضارعُ[1]...

لأنَّه لا يُشترَطُ الإشهادُ على التَّوكيل، وعلى القولِ الآخرِ يُشترَطُ))، ثمَّ ذكَرَ[2] عن "المعراج" ما يفيدُ الاشتراطَ مطلقاً، وهو: ((أنَّ زوِّجني وإنْ كان توكيلاً لكنْ لَمَّا لم يَعمَلْ زوَّجْتُ بدونِهِ نُزِّلَ منزلةَ شَطْرِ[3] العَقْد))، ثمَّ ذكَرَ[4] عن "الظَّهيريَّة"[5] ما يدلُّ على خلافِهِ، وهو ما يذكرُهُ[6] "الشَّارحُ" قريباً من مسألةِ العَقْدِ بالكتابة، ويأتي[7] بيانُهُ.

[١١١٤٧] (قولُهُ: والثَّاني) أي: ما وُضِعَ للحالِ المضارع، وهو الأصحُّ عندنا، ففي قولِهِ: كلُّ مملوكٍ أَمْلِكُهُ فهو حرٌّ يَعتِقُ ما في مِلْكِهِ في الحالِ لا ما يَملِكُهُ بعدُ إلاَّ بالنيَّة، وعلى القولِ بأنَّه حقيقةٌ في الاستقبال فقولُهُ: أَتزوَّجُكِ يَنعقِد به النِّكاحُ أيضاً؛ لأنَّه يَحتمِلُ الحالَ كما في كلمة الشَّهادة، وقد أرادَ به التَّحقيقَ[8] لا المساومةَ بدلالةِ الخطبةِ والمقدِّماتِ بخلاف البيع كما في "البحر"[9] عن "المحيط".

والحاصلُ: أنَّه إذا كان حقيقةً في الحالِ فلا كلامَ في صحَّةِ الانعقادِ به، وكذا إذا كان

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: والثاني مضارع إلخ، أقول: قال الإسنوي في الكوكب الدري: مسألةُ المضارعُ فيه خمسةُ مذاهب: أحدها: أنَّه حقيقة في الحال مجازٌ في الاستقبال، والثاني: عكسُهُ، والثالث: أنَّه في الحال حقيقة، ولا يُستعمل في الاستقبال أصلاً لا حقيقةً ولا مجازاً، والرابع: عكسُهُ، والخامس: قال في الارتشاف: وهو المشهور، وظاهر كلام سيبويه أنَّه مشتركٌ بينهما، إذا علمت ذلك فمن فروع المسألة: ما إذا قال لزوجته: طلِّقي نفسك، فقالت: أطلِّقُ، فلا يقع في الحال شيءٌ؛ لأنَّها مطلقة للاستقبال، وإنْ قال: أردْتُ الإنشاء وقع حالاً، وتمامُهُ فيه. "خير الدين الرملي")). ق١٥٠/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٨٨/٣ - ٨٩ بتصرف.

(٣) في "الأصل": ((شرط)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق٧٣/ب.

(٦) "در" صـ٤٣ـ وما بعدها.

(٧) المقولة [١١١٦٢] قوله: (("فتح")).

(٨) عبارة "البحر": ((وقد أراد به التحقيق والحال)).

(٩) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣ بتصرف.

المبدوءُ بهمزةٍ أو نونٍ أو تاءٍ كتُزوِّجيني نفسَكِ؟ إذا لم يَنْوِ الاستقبالَ،...........

حقيقةً في الاستقبالِ لقيام القرينة على إرادة الحالِ، ومقتضاهُ أنَّه لو ادَّعَى إرادةَ الاستقبالِ والوعدِ لا يُصدَّقُ بعد تمامِ العَقْدِ بالقبول، ويأتي قريباً[1] ما يُؤيِّدُه.

[١١١٤٨] (قولُهُ: المبدوءُ بهمزةٍ) كـ: أَتَزَوَّجُكَ بفتحِ الكافِ وكسرِها، "ح"[2].

[١١١٤٩] (قولُهُ: أو نُوْن) ذكرَهُ في [٣/ق٨/أ] "النَّهر"[3] بحثاً حيث قال: ((ولم يذكروا المضارعَ المبدوءَ بالنُّونِ كـ: نَتَزَوَّجُكِ أو نُزَوِّجُكِ من ابني، وينبغي أنْ يكون كالمبدوءِ بالهمزة)) اهـ.

[١١١٥٠] (قولُهُ: كـ: تُزَوِّجِيْنِي) بضمِّ التَّاء، و((نفسَكِ)) بكسرِ الكاف، ومثلُهُ: تُزَوِّجُنِي نفسَكَ بضمِّ التَّاء خطاباً للمذكَّر، فالكافُ مفتوحةٌ.

[١١١٥١] (قولُهُ: إذا لم يَنْوِ الاستقبالَ) أي: الاستيعادَ، أي: طلبَ الوعدِ، وهذا قيدٌ في الأخيرِ فقط كما في "البحر"[4] وغيرِه، وعبارةُ "الفتح"[5]: ((لَمَّا عَلِمْنا أنَّ الملاحظةَ من جهةِ الشَّرعِ[6] في ثُبُوتِ الانعقاد ولزومِ حكمِهِ جانبُ الرِّضا عَدَّينا[7] حكمَهُ إلى كلِّ لفظٍ يفيدُ ذلك بلا احتمالٍ مُساوٍ للطَّرَفِ الآخر، فقلنا: لو قال بالمضارع ذي الهمزة: أَتَزَوَّجُكِ، فقالت: زَوَّجْتُ نفسي انعقَدَ، وفي المبدوءِ بالتاء: تُزَوِّجُنِي بنتَكَ، فقال: فعلتُ عند عدمِ قصد الاستيعاد؛ لأنَّه يتحقَّقُ فيه هذا الاحتمالُ بخلاف الأوَّلِ؛ لأنَّه لا يَستخبِرُ نفسَهُ عن الوعد، وإذا كان كذلك ـ والنِّكاحُ مما لا يجري فيه المساومةُ ـ كان للتَّحقيق في الحال، فانعقَدَ به لا باعتبارِ وضعِهِ للإنشاء، بل باعتبارِ استعمالِهِ في غرضِ تحقيقِهِ واستفادةِ الرِّضا منه، حتَّى قلنا:

---

(١) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم ينوِ الاستقبال)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ق١٥٢/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣ بتصرف.

(٦) في "الأصل": ((الشروع)).

(٧) عبارة "الفتح": ((عدَّينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كلٍّ...)).

وكذا: أنا مُتزَوِّجُكِ أو جِئْتُكِ خاطباً؛...........................

لو صرَّحَ بالاستفهام اعتُبِرَ فهمُ الحال، قال في "شرح الطَّحاويِّ": لو قال: هل أَعْطَيْتَنيها؟ فقال: أَعْطَيْتُ إنْ كان المجلسُ للوَعْد فوَعْدٌ، وإنْ كان للعَقْدِ فنكاحٌ)) اهـ.

قال "الرَّحميُّ": ((فعَلِمْنا أنَّ العبرة لِما يظهرُ من كلامِهما لا لنيَّتِهما، ألا ترى أنَّه يَنعقِدُ مع الهزل والهازلُ لم يَنْوِ النِّكاح؟ وإنما صَحَّتْ نيَّةُ الاستقبالِ في المبدوء بالتاء؛ لأنَّ تقدير حرفِ الاستفهام فيه شائعٌ كثيرٌ في العربيَّة)) اهـ.

وبه عُلِمَ أنَّ المبدوء بالهمزة كما لا يَصِحُّ فيه الاستيعادُ لا يَصِحُّ فيه الوعدُ بالتَّزوُّج في المستقبل عند قيام القرينة على قَصْدِ التَّحقيق والرِّضا كما قلناه آنفاً، فافهم.

[١١١٥٢] (قولُهُ: وكذا: أنا مُتزوِّجُكِ) ذكَرَهُ في "الفتح"[١] بحثاً حيث قال: ((والانعقادُ بقوله: أنا مُتزوِّجُكِ ينبغي أن يكونَ كالمضارعِ المبدوءِ بالهمزة سواءً)) اهـ.

٢٦٤/٢ قال "ح"[٢]: ((لأنَّ مُتزوِّج اسمُ فاعلٍ، وهو موضوعٌ لذاتٍ قامَ بها الحدثُ وتحقَّقَ في وقتِ التَّكلُّم، فكان دالاً على الحالِ وإنْ كانت دلالتُهُ عليه التزاميَّةً)).

[١١١٥٣] (قولُهُ: أو جِئْتُكَ خاطباً) قال في "الفتح"[٣]: ((ولو قال باسم الفاعل كـ: جِئْتُكَ خاطباً ابنتَكَ أو لِتُزَوِّجَني ابنتَكَ، فقال الأبُ: زَوَّجْتُكَ فالنِّكاحُ لازمٌ، وليس للخاطب أنْ لا يقبلَ؛ لعدمِ [٣/ق٨/ب] جَرَيانِ المساومةِ فيه)) اهـ.

قال "ح"[٤]: ((فإنْ قلت[٥]: إنَّ الإيجاب والقبول في هذا ماضيان، فلا معنى لذكرِهِ هنا. قلت: المعتبرُ قولُهُ: خاطباً، لا قولُهُ: جِئْتُكَ؛ لأنَّه لا يَنعقِد به النِّكاحُ، ولا دَخْلَ له فيه)).

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح ق١٥٢/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٣، وعزاه إلى أبي حنيفة ﷺ.

(٤) "ح": كتاب النكاح ق١٥٢/أ.

(٥) ((فإن قلت)) ساقط من "آ".

لعدمِ جَرَيانِ المساومةِ في النِّكاحِ، أو: هل أعطيتِنيها؟ إنْ المجلسُ للنِّكاحِ، وإنْ للوَعْدِ فوَعْدٌ، ولو قال لها: يا عِرْسي، فقالت: لبَّيْكَ انعقَدَ على المذهبِ.

(فلا يَنعقِدُ) بقبولٍ بالفعلِ كقَبْضِ مهرٍ،..............................

[١١١٥٤] (قولُهُ: لعَدَمِ جَرَيانِ المساومةِ في النِّكاحِ) احترَزَ به عن البيعِ، فلو قال: أنا مُشْتَرٍ أو جئتُكَ مشترياً لا يَنعقِدُ البَيْعُ لِجَرَيانِ المساومةِ فيه، "ط"[١].

[١١١٥٥] (قولُهُ: إنِ المجلسُ للنِّكاحِ) أي: لإنشاءِ عَقْدِهِ؛ لأنَّه يُفهَمُ منه التَّحقيقُ في الحالِ، فإذا قال الآخر: أَعْطيتُكَها أو فعلتُ لَزِمَ، وليس للأوَّلِ أنْ لا يقبلَ.

[١١١٥٦] (قولُهُ: انعقَدَ على المذهبِ) صوابُهُ: لم يَنعقِدْ، فقد صرَّحَ في "البحر"[٢] عن "الصَّيرفيَّة": ((بأنَّ الانعقادَ خلافُ ظاهرِ الرِّوايةِ))، ومثلُهُ في "النَّهر"[٣]، وكذا في "شرح المقدسيِّ" عن "فوائد تاج الشَّريعة"[٤]، وفي "التَّاترخانيَّة"[٥]: ((قال لامرأةٍ بمحضرٍ من الرِّجال: يا عَرُوسي، فقالت: لبَّيكَ فنكاحٌ، قال القاضي "بديع الدِّين"[٦]: إنَّه خلافُ ظاهرِ الرِّوايةِ)).

[١١١٥٧] (قولُهُ: فلا يَنعقِدُ إلخ) تفريعٌ على ما تقدَّمَ من انعقادِهِ بلفظين إلخ، "ح"[٧].

[١١١٥٨] (قولُهُ: كقَبْضِ مَهرٍ) قال في "البحر"[٨]: ((وهل يكونُ القبولُ بالفعل كالقبول

---

(١) "ط": كتاب النكاح ٧/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٤/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/ب.

(٤) انظر تعليقنا على ترجمة الكتاب ٢٣٧/٥.

(٥) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النِّكاح والتي لا ينعقد بها ٥٨٢/٢ نقلاً عن "فتاوى آهو" (الصَّيرفية).

(٦) لم نهتدِ لمعرفته.

(٧) "ح": كتاب النكاح ق١٥٢/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ٨٧/٣ معزيًّا إلى "البزازية".

ولا بتَعَاطٍ ولا بكتابةِ حاضرٍ...

باللَّفظ كما في البيع؟ قال في "البزَّازيَّة"[١]: أجابَ صاحبُ "الهداية"[٢] ـ في امرأةٍ زوَّجَتْ نفسَها بألفٍ من رجلٍ عند الشُّهود، فلم يَقُل الزَّوجُ شيئاً، لكنْ أعطاها المهرَ في المجلس ـ أنَّه يكونُ قبولاً، وأنكرَهُ صاحب "المحيط"، وقال: لا، ما لم يَقُلْ بلسانه: قَبِلْتُ، بخلافِ البيع ـ لأنَّه يَنعقِدُ بالتَّعاطي، والنِّكاحُ لخَطَرِهِ لا يَنعقِدُ، حتَّى يتوقَّفُ على الشُّهود ـ وبخلافِ إجازة نكاح الفضوليِّ بالفعل لوجود القول ثَمَّةَ)) اهـ "ح"[٣].

[١١١٥٩] (قولُهُ: ولا بتَعَاطٍ) تكرارٌ مع قولـه: ((بـالفعلِ كقَبْضِ مَهْرٍ))، وكلٌّ منهما تكرارٌ مع قول المتن الآتي: ((ولا بتَعَاطٍ))، فإنَّ مسألة قَبْضِ المهر الـتي قدَّمنا نَقْلَها عن "البحر" بعَيْنِها شرَحَ بها المصنِّفُ قولَهُ: ((ولا بتَعَاطٍ))، "ح"[٤].

[١١١٦٠] (قولُهُ: ولا بكتابةِ حاضرٍ) فلو كتَبَ: تزوَّجْتُكِ، فكَتَبَتْ: قَبِلْتُ لم يَنعقِد، "بحر"[٥]. والأظهرُ أنْ يقول: فقالت: قَبِلْتُ إلخ؛ إذ الكتابةُ من الطَّرفين بلا قولٍ لا تكفي ولو في الغَيبة، تأمَّل.

(قولُهُ: تكرارٌ مع قوله: بالفِعْل كقَبْض إلخ) سيذكرُ في البيوع: أنَّ القبولَ قد يكونُ بالفعل، وأنَّه ليس من صُوَر التَّعاطي، وأنَّ بيعَ التَّعاطي ليس فيه إيجابٌ بل قبضٌ بعد معرفة الثَّمَن، ففي جَعْل الصُّورة الأخيرة من صُوَر التَّعاطي نَظَرٌ اهـ. ونَقَلَ ذلك عن "الفتح" بعبارةٍ طويلةٍ فانظره. والظَّاهرُ أنَّ ذِكْرَ التَّعاطي هنا مع ذِكْر المصنِّف له لقَصْد الإشارة أنَّ المناسبَ ذِكْرُه هنا لتفريعه على ما سبَقَ، بخلاف ما فعلهُ المصنِّفُ؛ فإنَّه لطُول الفَصْل لا يُعلمُ من كلامه أنَّه مفرَّعٌ عليه، ففي كلامه قصدَ الإشارةَ إلى أنَّ المناسبَ ذِكْرُه هنا.

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في الآلة ١١١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "الأصل" و"آ": (("الهداية")) بدل "البداية"، وعبارة "البحر": (("البداية"))، وعبارة "ح" و"البزازية" و"ط": (("الهداية")).

(٣) "ح": كتاب النكاح ق١٥٢/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح ق١٥٢/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.

بل غائبٍ بشرطِ إعلامِ الشُّهودِ بما في الكتاب ما لم يكن بلفظِ الأَمْرِ، فيتولّى[(١)] الطَّرفين، "فتح"

[١١١٦١] (قولُهُ: بل غائبٍ) الظَّاهرُ أنَّ المراد به الغائبُ عن المجلس وإنْ كان حاضراً في البلد، "ط"[(٢)].

مطلبٌ: التّزوُّجُ بإرسالِ كتابٍ

[١١١٦٢] (قولُهُ: "فتح"[(٣)]) فإنّه قال: ((يَنعقِدُ النِّكاحُ بالكتاب كما يَنعقِدُ بالخطاب، وصورتُهُ: أنْ يَكتُبَ إليها يَخطبُها، فإذا بلَغَها الكتابُ أحضَرَت الشُّهودَ وقرَأَتْهُ عليهم، وقالت: زَوَّجْتُ نفسي منه، أو تقول: إنَّ فلاناً كَتَبَ إليَّ يَخطُبُني، فاشهدوا أنّي زَوَّجْتُ نفسي [٣/ق٩/أ] منه، أمَّا لو لم تَقُلْ بحضرتِهم سوى: زَوَّجْتُ نفسي من فلانٍ لا يَنعقِدُ؛ لأنَّ سماع الشَّطْرين شرطُ صحَّةِ النِّكاح، وبإسماعِهم الكتابَ أو التَّعبيرَ عنه منها قد سَمِعُوا الشَّطْرين بخلاف ما إذا انتفَيا، قال في "المصفَّى": هذا ـ أي: الخلافُ ـ إذا كان الكتابُ بلَفْظِ التَّزوُّج[(٤)]، أمَّا إذا كان بلفظِ الأَمْرِ ـ كقولِهِ: زَوِّجي نفسَكِ منّي ـ لا يُشترَطُ إعلامُها الشُّهودَ بما في الكتاب؛ لأنّها تتولّى طَرَفَي العَقْدِ بحكم الوكالة، ونقَلَهُ[(٥)] عن "الكامل"[(٦)]، وما نقَلَهُ من نَفْيِ الخلاف في صورةِ الأَمْرِ لا شبهةَ فيه على قولِ "المصنِّف" والمحقِّقين، أمَّا على قولِ مَن جعَلَ لَفْظةَ الأَمْرِ إيجاباً كـ"قاضي خان" ـ على ما نقلناه[(٧)] عنه ـ فيَجبُ إعلامُها إيَّاهم ما في الكتاب)) اهـ.

---

(١) في "د" و "و": ((فتتولى)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ٢/٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٩ بتصرف.

(٤) في هامش "آ" زيادة: ((قوله: (هذا الخلاف إذا كان بلفظ التّزوُّج) أي: مثل قوله: تَزوَّجتُكِ أو أَتزوَّجُكِ ممَّا كان من باب التَّفعُّلِ ماضياً أو مضارعاً، بخلاف ما إذا كان أمراً من باب التَّفعيل مثل: زَوِّجي، فالمرادُ بقوله: بلفظِ التّزوُّج ما ليس أمراً بقرينةِ المقابلة، وقد خَفِيَ هذا على الحمويِّ، فاعترَضَ بأنَّ: زَوِّجيني نفسَكِ مثلُ: زَوِّجي نفسَكِ مني، فكأنّه فَهِمَ أنَّ المراد بالتّزوُّج: زَوِّجيني نفسَكِ، وهو فهمٌ بعيدٌ. اهـ منه))، وهذه الزيادة مقحمةٌ في صلب "الأصل" من قِبَلِ الناسخ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٩ بتصرف.

(٦) لم نهتد لمعرفته.

(٧) المقولة [١١١٤٦] قوله: ((وقيل: هو إيجاب)).

ولا (بالإقرارِ على المختارِ) "خلاصة"[١]، كقوله: هي امرأتي؛ لأنَّ الإقرارَ إظهارٌ لِما هو ثابتٌ، وليس بإنشاءٍ (وقيل: إنْ) كان (بمحضرٍ من الشُّهودِ صَحَّ)...............

وقولُهُ: ((لا شبهةَ فيه إلخ)) قال "الرَّحمتيُّ": ((فيه مناقشةٌ لِما تقدَّمَ أنَّ مَن قال: إنَّه توكيلٌ يقولُ: توكيلٌ ضِمْنِيٌّ، فيثبُتُ بشروطِ ما تضمَّنَهُ، وهو الإيجابُ كما قدَّمناه، ومِن شروطِهِ سماعُ الشُّهود، فينبغي اشتراطُ السَّماع هنا على القولين، إلاَّ أنْ يقال: قد وُجِدَ النَّصُّ هنا على أنَّه لا يجبُ، فيُرجَعُ إليه)) اهـ.

(تنبيهٌ)

لو جاءَ الزَّوجُ بالكتاب إلى الشُّهود مختوماً، فقال: هذا كتابي إلى فلانةٍ فاشْهَدُوا على ذلك لم يَجُزْ في قول "أبي حنيفة" حتَّى يعلَمَ الشُّهودُ ما فيه، وعند "أبي يوسف" يجوزُ، وفائدةُ هذا الخلافِ فيما إذا جحَدَ الزَّوجُ الكتابَ بعد العَقْدِ، فشَهِدُوا بأنَّه كتابُهُ، ولم يَشْهَدُوا بما فيه لا تُقبَلُ ولا يُقضَى بالنِّكاح، وعند "أبي يوسف" تُقبَلُ ويُقضَى به، أمَّا الكتابُ فصحيحٌ بلا إشهادٍ، وإنَّما الإشهادُ لتمكُّنِ المرأةِ من إثباتِ الكتاب إذا جَحَدَهُ الزَّوجُ كما في "الفتح"[٢] عن "مبسوط شيخ الإسلام".

[١١١٦٣] (قولُهُ: ولا بالإقرارِ) لا يُنافيه ما صرَّحُوا به من أنَّ النِّكاح يَثْبُتُ بالتَّصادُقِ؛ لأنَّ المراد هنا أنَّ الإقرار لا يكونُ من صِيَغِ العَقْد، والمرادُ من قولهم: إنَّه يَثْبُتُ بالتَّصادُقِ أنَّ

(قولُهُ: إلاَّ أنْ يقالَ: قد وُجِدَ النصُّ هنا على أنَّه إلخ) علمتَ ممَّا نقلهُ أولاً أنَّ المسألةَ خلافيَّةٌ فيكون صاحبُ "الفتح" هنا جارياً على أحد قولَيْن، وجَزْمُه به يفيدُ ترجيحَهُ.

---

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في جواز النكاح ق٧٤/ب.

وفي "د" زيادة: ((عبارة "الخلاصة": رجلٌ وامرأةٌ أقرَّا بالنِّكاح بين يدي الشهود، وقالا بالفارسية: (مازن وشوهر) أي: نحن امرأةٌ ورجلٌ لا ينعقد النكاح بينهما؛ لأنَّه ليس من ألفاظ النكاح)). ق١٥٠/أ

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٥.

كما يصحُّ بلَفْظِ الجَعْلِ (وجُعِلَ) الإقرارُ (إنشاءً وهو الأصحُّ) "ذخيرة".
(ولا يَنعقِدُ بـ: تزَوَّجْتُ نصفَكِ على الأصحِّ[1])......................

القاضي [٣/ق٩/ب] يُثبِتُهُ به ـ أي: بالتَّصادُقِ ـ ويَحكُمُ به، "أبو السُّعود"[2] عن "الحانوتيِّ".

[١١١٦٤] (قولُهُ: كما يَصِحُّ بلَفْظِ الجَعْلِ) أي: بأنْ قال الشُّهود: جَعَلْتُما هذا نكاحاً؟ فقالا: نعم، فيَنعقِدُ؛ لأنَّ النِّكاح يَنعقِدُ بالجَعْلِ، حتَّى لو قالت: جَعَلْتُ نفسي زوجةً لكَ، فقَبِلَ تَمَّ، "فتح"[3]. ومقتضى التَّشبيهِ في عبارة "الشَّارح" أنَّ هذا صحيحٌ على القولين، وهو ظاهرٌ.

[١١١٦٥] (قولُهُ: وجُعِلَ) ماضٍ مبنيٌّ للمجهول معطوفٌ على ((صَحَّ)).

[١١١٦٦] (قولُهُ: "ذخيرة") فإنَّه قال: ((ذكَرَ في صُلْحِ "الأصل": ادَّعَى رجلٌ قِبَلَ امرأةٍ نكاحاً فجَحَدَتْ، فصالَحَها على مائةٍ على أنْ تُقِرَّ بذلك فأقَرَّتْ فهذا الإقرارُ منها جائزٌ، والمالُ لازمٌ، وهذا الإقرارُ بمنزلة إنشاءِ النِّكاح؛ لأنَّه مقرونٌ بالعِوَض، فهو عبارةٌ عن تمليكٍ

٢٦٥/٢

(قولُهُ: أي بأن قال الشُّهودُ: جعلتُما هذا نكاحاً؟ فقالا: نعم فينعقد؛ لأنَّ النِّكاحَ ينعقدُ بالجَعْلِ إلخ) قال "المقدسيُّ": ((قياسٌ مع الفارق، فالجَعْل إنَّما يكونُ إنشاءَ عَقْدٍ لو أُضيفَ للذَّات، أمَّا لو أُضيفَ إلى عَقْدٍ غيرِ صحيحٍ وجُعِلَ صحيحاً فهو بمنزلة ما لو وَقَعَ النِّكاحُ بلفظ الإعارة ونحوِها مِمَّا لا يصحُّ، ثم قالا عند الشُّهود: جعلناه نكاحاً، وجعلُ ما ليس بشرعيٍّ شرعيّاً غيرُ صحيحٍ اهـ)). وذكر في "الخانيَّة": ((قال لامرأةٍ: هذه امرأتي، فقالت: هذا زَوْجي لا يكون نكاحاً، فإنْ قال لهما الشُّهودُ: رضيتُما أو أجزتُما، فقالا: رضِيْنا أو أجَزْنا لم يكن نكاحاً؛ لأنَّ الإجازةَ تنفيذُ العَقْد وليس بإنشاء، ولو قال الشُّهودُ: جعلتُما هذا نكاحاً، فقالا: نعم كان نكاحاً؛ لأنَّ الجَعْلَ عبارةٌ عن الإنشاء اهـ)).

(قولُهُ: وهذا الإقرارُ بمنزلة إنشاءِ النِّكاح؛ لأنَّه مَقْرونٌ بالعِوَض إلخ) يؤخذُ منه أنَّ محلَّ جعلِه إنشاءً إذا كان مقروناً بالعِوَض، ويدلُّ لذلك أيضاً ما في "الفتح" ـ على ما نقله "السِّنْدِيُّ" ـ: ((لو أقرَّا بالنكاح

---

(١) في "د" و "و": ((في الأصح)).

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح ٢/٥ بتصرف، وفيه: ((شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي معزياً للحانوتي)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٥ بتصرف.

احتياطاً، "خانية". بل لا بدَّ أنْ يضيفَهُ إلى كلِّها........

مبتدأٍ في الحال، فإنْ كان بمحضرٍ من الشُّهود صَحَّ النِّكاح، وإلاَّ فلا في الأصحِّ)) اهـ ملخَّصاً.

وقال في "الفتح"[1]: ((قال "قاضي خان"[2]: وينبغي أنْ يكون الجوابُ على التَّفصيل: إنْ أَقرَّا بعَقْدٍ ماضٍ ولم يكن بينهما عَقْدٌ لا يكونُ نكاحاً، وإنْ أقرَّ[3] الرَّجُلُ أنَّه زوجُها وهي أنَّها زوجتُهُ يكونُ نكاحاً، ويتضمَّنُ إقرارُهما الإنشاءَ بخلافِ إقرارِهما بماضٍ؛ لأنَّه كذبٌ، وهو ـ كما قال "أبو حنيفة" ـ إذا قال لامرأتِهِ: لستِ لي امرأةً ونوى به الطَّلاق يقعُ، كأنَّه قال: لأنِّي طلَّقتُكِ، ولو قال: لم أكن تَزَوَّجتُها ونَوَى الطَّلاق لا يقعُ؛ لأنَّه كذبٌ محضٌ اهـ، يعني: إذا لم تَقُل الشُّهود: جَعَلْتُما هذا نكاحاً، فالحقُّ هذا التَّفصيلُ)) اهـ.

[١١١٦٧] (قولُهُ: احتياطاً) قال في "البحر"[4]: ((وقولُهم: إنَّ ذِكْرَ بعضِ ما لا يتجزَّى كذِكْرِ كلِّهِ كطلاقِ نصفِها يقتضي الصِّحَّةَ، وقد ذكَرَ في "المبسوط"[5] في موضعِ جوازِهِ: إلاَّ أنْ يقال: إنَّ الفُرُوجَ يُحتاطُ فيها، فلا يكفي ذكرُ البعضِ لاجتماعِ ما يُوجِبُ الحلَّ والحرمةَ في ذاتٍ واحدةٍ، فتُرجَّحُ الحرمةُ، كذا في "الخانيَّة"[6])) اهـ.

وما صحَّحَهُ في "الخانيَّة" صحَّحَهُ في "الظَّهيريَّة"[7] أيضاً، ونصُّهُ: ((ولو أضافَ النِّكاحَ إلى نصفِ

بمحضَرٍ من الشُّهود وكان تَزوَّجها بغير شُهودٍ اختلفوا فيه، والأصحُّ أنَّهما إنْ سَمَّيا المهرَ ينعقدُ نكاحاً مبتدأً كذا في "الدِّراية" اهـ، والمتبادرُ من كلام "المصنِّف" أنَّ المدارَ في جعله إنشاءً على مُجرَّد حُضور الشُّهود اهـ)).

(قولُهُ: قال في "البحر": وقولُهم إلخ) عبارتُه: ((ولو قال: تزوَّجتُ نصفَكِ فالأصحُّ عدمُ الصِّحَّة كما في "الخانية"، وقولهم إلخ)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.
(٢) "الخانية": كتاب النكاح ٣٢٢/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").
(٣) ((أقر)) ساقطة من "الأصل".
(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣.
(٥) "المبسوط": كتاب الطلاق ـ باب من الطلاق ٩٠/٦.
(٦) "الخانية": كتاب النكاح ٣٢٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٧) "الظهيرية": كتاب النكاح ق٧٤/أ.

أو ما يُعبَّرُ به عن الكلِّ، ومنه الظَّهْرُ والبَطنُ على الأشبهِ، "ذخيرة" ورجَّحُوا في الطَّلاقِ خلافَهُ،..

المرأةِ فيه روايتان، والصَّحيحُ أنَّه لا يصحُّ)) اهـ.

ثمَّ راجعتُ نسخةً أخرى من "الظَّهيريَّة" فرأيتُها كذلك، فمَن قال: إنَّه في "الظَّهيريَّة" صحَّحَ الصِّحَّةَ فكأنَّه سقَطَ من نسختِهِ ((لا)) النَّافيةُ، فافهم.

[١١١٦٨] (قولُهُ: أو ما يُعبَّرُ به عن الكلِّ) كالرَّأسِ والرَّقبة، "بحر"[(١)].

[١١١٦٩] (قولُهُ: ورَجَّحُوا في الطَّلاقِ خلافَهُ) قال في "البحر"[(٢)]: ((وقالوا: الأصحُّ أنَّه لو أضافَ الطَّلاق إلى ظَهْرِها وبطْنِها لا يقعُ، وكذا العتقُ، فلو أضافَ النِّكاحَ إلى ظَهْرِها وبَطْنِها ذكَرَ "الحلوانيُّ": قال مشايخنا: الأشبهُ من مذهبِ أصحابنا أنَّه يَنعقِدُ النِّكاحُ، وذكَرَ "ركنُ الإسلام" و"السَّرخسيُّ"[(٣)] ما يدلُّ [٣/ق١٠/أ] على أنَّه لا يَنعقِدُ النِّكاحُ[(٤)]، كذا في "الذخيرة")) اهـ.

أقول: وقال في "الذَّخيرة" أيضاً في كتاب الطَّلاق: ((وإنْ قال: ظَهْرُكِ طالقٌ أو بَطْنُكِ قال "السَّرخسيُّ" في "شرحه"[(٥)]: الأصحُّ أنَّه لا يقعُ، واستدَلَّ بمسألةٍ ذكَرَها في "الأصل": إذا قال: ظَهْرُكِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي، أو بَطْنُكِ عليَّ كبَطْنِ أُمِّي أنَّه لا يصيرُ مُظاهِراً، وذكَرَ "الحلوانيُّ" في "شرحه": الأشبهُ بمذهبِ أصحابنا أنَّه يقعُ الطَّلاق، قال: وهو نظيرُ ما قال مشايخنا ـ فيما إذا أُضِيْفَ عَقْدُ النِّكاحِ إلى ظَهْرِ المرأةِ أو إلى بَطْنِها ـ: إنَّ الأشبهَ بمذهب أصحابنا أنَّه يَنعقِد النِّكاحُ)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٠.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٠.

(٣) "المبسوط": كتاب الطلاق ـ باب من الطلاق ٦/٩٠ بتصرف.

(٤) من ((وذَكَرَ)) إلى ((النكاح)) ساقط من "آ".

(٥) "المبسوط": كتاب الطلاق ـ باب من الطلاق ٦/٩٠ بتصرف.

فيحتاجُ[1] للفَرْقِ (وإذا وُصِلَ الإيجابُ بالتَّسميةِ) للمهر (كان مِن تمامِهِ) أي: الإيجابِ (فلو قَبِلَ الآخرُ قبلَهُ لم يصحَّ) لتوقُّفِ أوَّلِ الكلام على آخرِهِ لو فيه ما يُغيِّرُ أوَّلَهُ، ومِن شرائطِ الإيجابِ والقبولِ.........

[١١١٧٠] (قولُهُ: فيحتاجُ للفَرْقِ) كذا قال في "النَّهر"[2]، لكنْ قد علمتَ مما نقلناه عن "الذَّخيرة" أوَّلاً وثانياً أنَّ "الحلوانيَّ" الذي صحَّحَ انعقادَ النِّكاح صحَّحَ وقوعَ الطَّلاق، وأنَّ "السَّرخسيَّ" الذي لم يُصحِّح الانعقادَ لم يُصحِّح الوقوعَ، بل صحَّحَ عدمَهُ، وعلى هذا فلا حاجةَ للفَرْقِ، وبه ظهَرَ أنَّ ما ذكرَهُ في "البحر" وتَبِعَهُ "الشَّارح" قولٌ ثالثٌ مُلفَّقٌ من القولين، ولا يظهرُ وجهُهُ.

[١١١٧١] (قولُهُ: كانَ) أي: التَّسميةُ، وكذا ضميرُ ((قبله))، "ح"[3]، أي: وتذكيرُ الضَّمير باعتبارِ المذكور، أو لأنَّ المراد بالتَّسمية المسمَّى، أي: المهرُ.

[١١١٧٢] (قولُهُ: فلو قَبِلَ إلخ) قال في "الفتح"[4]: ((كامرأةٍ قالَتْ لرَجُلٍ: زَوَّجْتُ نفسي منكَ بمائةِ دينارٍ، فقَبْلَ أنْ تقول: بمائةِ دينارٍ قَبِلَ الزَّوْجُ لا يَنعقِدُ؛ لأنَّ أوَّلَ الكلام يتوقَّفُ على آخرِهِ إذا كان في آخرِهِ ما يُغيِّرُ أوَّلَهُ، وهنا كذلك، فإنَّ مجرَّدَ زَوَّجْتُ يَنعقِدُ بمهر المثل، وذِكْرُ المسمَّى معه يُغيِّرُ ذلك إلى تعيُّنِ المذكور، فلا يعملُ قولُ الزَّوْجِ قبلَهُ)).

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: فيحتاج إلخ، قال في زواهر الجواهر: وقد يُقَال: إنَّ الفروج يُحْتَاط فيها، فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحِلَّ والحرمة في ذات واحدة فترجُحُ الحرمة، وهو مقتضى ما في "الأشباه": إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، وقد علَّل قاضيخان بما ذكرنا حيث قال: ولو أضاف النكاح إلى نصف المرأة فيه روايتان، والأصحُّ أنَّه لا يصحُّ لاجتماع ما يوجب الحلَّ والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة، أقول: وقد صحَّح في "الظهيرية" أنَّه ينعقد، فيكون على هذا من فروع قاعدة: ذِكْرُ بعضِ ما لا يتجزَّأ كذكر كلِّهِ، ومثلُهُ في حاشية الحموي، "أبو السعود")). ق١٥٠/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/ب.

(٣) "ح": كتاب النكاح ق١٥٢/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٠.

اتّحادُ المجلسِ..

[١١١٧٣] (قولُهُ: اتّحادُ المجلسِ) قال في "البحر"[1]: ((فلو اختلَفَ المجلسُ لم يَنعقِدْ، فلو أوجَبَ أحدُهما، فقامَ الآخرُ أو اشتغَلَ بعَمَلٍ آخرَ بطَلَ الإيجابُ؛ لأنَّ شرط الارتباط اتّحادُ الزَّمانِ، فجُعِلَ المجلسُ جامعاً تيسيراً، وأمَّا الفَوْرُ فليس من شرطِهِ، ولو عَقَدَا وهما يمشيان أو يسيران على الدَّابَّة لا يجوزُ، وإنْ كان على سفينةٍ سائرةٍ جازَ)) اهـ، أي: لأنَّ السَّفينة في حكمِ مكانٍ واحدٍ.

(فرعٌ)

قال في "المنية": ((قال: زَوَّجتُكَ بنْتي، فسَكَتَ الخاطبُ، فقال الصِّهر ـ أي: أبو البنتِ ـ: ادفع المهرَ، فقال: نَعَمْ فهو قبولٌ، وقيل: لا)) اهـ.

وهذا يُوهِمُ أنَّ عندنا قولاً باشتراطِ الفَوْر، وأنَّ المختار عدمُهُ، وأجابَ في "الفتح"[2]: ((بأنَّه قد يكونُ منشأُ هذا القول من جهةِ أنَّه كان مُتَّصفاً بكونه خاطباً، فحيث سكَتَ

(قولُهُ: فرعٌ: قال في "المنية": قال: زوَّجتُكَ بنتي فسَكَتَ إلخ) الظاهرُ أنَّ وجهَ عدمِ الانعقاد بـ: ((نعم)) في هذه الصُّورة على القول به خُلُوُّ العَقْد عن القبُول؛ إذ لفظةُ ((نعم)) لَمَّا ذُكرت عَقِبَ قوله: ((ادفع المهرَ)) فهي راجعةٌ إليه لا إلى الإيجاب، وذكر "السِّنْدِيُّ" عند قوله: ((وبما وُضِعَ أحدُهما له)) عن "الذَّخيرة": ((لو قال لامرأة: كوني امرأتي بكذا، فقَبِلَت انعقد، أمَّا لو قالت: إنِّي أكون امرأةً لك، فقال: نعم لا يصحُّ كما في "الظهيرية" اهـ.))

قلت: وذلك لأنَّ ((نعم)) لا يفيدُ معنى الماضي اهـ.

وفي "الهنديَّة" عن "الذَّخيرة": ((لو قال لامرأةٍ: كُنتِ لي أو صِرْتِ لي، فقالت: نعم أو صِرْتُ لك كان نكاحاً)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣، وفيه: ((وإن كانا على سفينةٍ سائرةٍ)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

لو حاضِرَيْنِ وإنْ طالَ كمخيَّرةٍ، وأنْ لا يخالفَ الإيجابُ القبولَ كقَبِلْتُ النِّكاحَ لا المهرَ..

ولم يُجبْ على الفَوْر كان ظاهراً [٣/ق١٠/ب] في رجوعِهِ، فقولُهُ: نَعَمْ بعدَهُ لا يفيدُ بمفردِهِ؛ لا[1] لأنَّ الفَوْر شرطٌ مطلقاً، والله سبحانه أعلم)) اهـ.

[١١١٧٤] (قولُهُ: لو حاضِرَيْنِ) احترَزَ به عن كتابةِ الغائب؛ لِما في "البحر"[2] عن "المحيط": ((الفَرْقُ بين الكتابِ والخِطاب أنَّ في الخِطاب لو قال: قَبِلْتُ في مجلسٍ آخرَ لم يَجُزْ، وفي الكتاب يجوزُ؛ لأنَّ الكلام كما وُجِدَ تلاشَى، فلم يتَّصِلِ الإيجابُ بالقبول في مجلسٍ آخر، فأمَّا الكتابُ فقائمٌ في مجلسٍ آخرَ، وقراءتُهُ بمنزلةِ خطاب الحاضر[3]، فاتَّصَلَ الإيجابُ بالقبول فصَحَّ)) اهـ.

ومقتضاه: أنَّ قراءة الكتاب في المجلسِ الآخرِ لا بدَّ منها ليحصلَ الاتِّصالُ بين الإيجاب والقبول، وحينئذٍ فاتِّحادُ المجلس شرطٌ في الكتاب أيضاً، وإنما الفَرْقُ هو قيامُ الكتاب وإمكانُ قراءتِهِ ثانياً، فلو حذَفَ قولَهُ: ((حاضِرَيْنِ)) كـ"النَّهر"[4] لكان أَولى.

والظَّاهرُ: أنَّه لو كان مكانَ الكتاب رسولٌ بالإيجاب فلم تَقْبَل المرأةُ، ثمَّ أعادَ الرَّسولُ الإيجابَ في مجلسٍ آخرَ فقَبِلَتْ لم يصحَّ؛ لأنَّ رسالتَهُ انتهت أوَّلاً بخلاف الكتابةِ لبقائها، أفادَهُ "الرَّحمتيُّ". ٢٦٦/٢

[١١١٧٥] (قولُهُ: كـ: قَبِلْتُ النِّكاحَ لا المهرَ) تمثيلٌ للمنفيِّ، أي: إذا قال: تزوَّجتُكِ

(قولُهُ: فلو حذف قولَه: ((حاضرين)) كـ"النهر" لكان أَولى إلخ) المتبادرُ من اشتراط اتِّحاد المجلس أنَّ المرادَ به مجلسُ المُتعاقدَيْن لا مجلسُ الإيجاب والقَبُول، فلذا احتاج لذِكْر قولِه: ((لو حاضرين)) فلا يكون حذفُه أَولى.

---

(١) ((لا)) ساقطة من "الأصل" ومن عبارة "الفتح"، والصواب إثباتها كما في بقية النسخ، ويدلُّ عليه قولُهُ في "الفتح" قبله: ((وعُرِفَ من هذا أنَّ شرط القبول في النكاح المجلسُ كالبيع، لا الفورُ خلافاً للشافعي رحمه الله)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٠.

(٣) في "آ": ((الحاضرين)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/ب.

نعم يصحُّ الحطُّ كزيادةٍ قَبِلَتْها في المجلسِ،...............................

بألفٍ، فقالَتْ: قَبِلْتُ النِّكاحَ ولا أَقْبَلُ المهرَ لا يصحُّ وإن كانت التَّسميةُ ليست من شروطِ صحَّةِ النِّكاح؛ لأنَّه إنما أوجَبَ النِّكاحَ بذاك القَدْرِ المسمَّى، فلو صحَّحنا قبولَها يلزمُهُ مهرُ المثل، ولم يَرْضَ به بل بما سَمَّى، فيَلزَمُهُ ما لم يَلتزمْهُ، بخلاف ما إذا لم يُسَمِّ من الأصل؛ لأنَّ غرضَهُ النِّكاحُ بمهر المثل حيث سكَتَ عنه، ولو قالت: قَبِلْتُ ولم تَزِدْ على ذلك صَحَّ النِّكاحُ بما سَمَّى، وتمامُهُ في "الفتح"(١).

[١١١٧٦] (قولُهُ: نَعَمْ يصحُّ الحطُّ إلخ) أي: إذا قال: تَزَوَّجتُكِ بألفٍ، فقالت: قَبِلْتُ بخمسِمائةٍ يصحُّ، ويُجعَلُ كأنَّها قَبِلَت الألفَ وحطَّتْ عنه خمسَمائةٍ، "بحر"(٢). ولا يحتاجُ إلى القبول منه؛ لأنَّ هذا إسقاطٌ وإبراءٌ بخلاف الزِّيادة، كما لو قالت: زَوَّجْتُ نفسي منك بألفٍ، فقال الزَّوْجُ: قَبِلْتُ بألفين صحَّ النِّكاحُ بألفٍ إلاَّ إنْ قَبِلَت الزِّيادةَ في المجلس فيصحُّ بألفين على المفتى به كما في "البحر"(٣)، فصورةُ الحطِّ من المرأة والزِّيادةِ من الزَّوْج كما علمت، وهو كذلك في "الذَّخيرة" و"الخلاصة"(٤)، وقال في "النَّهر"(٥): ((بخلاف ما إذا زَوَّجَتْ نفسَها منه بألفٍ فقَبِلَهُ بألفين أو بخمسِمائةٍ صَحَّ، وتوقَّفَ قبولُ الزِّيادة على قبولِها في المجلس على ما عليه الفتوى)) اهـ.

وظاهرُهُ أنَّها أوجَبَتْ بألفٍ وقَبِلَ الزَّوجُ بخمسِمائةٍ، وهو [٣/ق١١/أ] مُشكِلٌ، فإنَّ الحطَّ

(قولُهُ: فلو صحَّحنا قَبولَها يلزمُهُ مهرُ المِثْل إلخ) يظهرُ من هذا أنه إذا كان مهرُ المِثْل أقلَّ يصحُّ العقدُ، وتكونُ المسألةُ حينئذٍ من أفراد مسألة الحطِّ.

(قولُهُ: وهو مُشكلٌ؛ فإنَّ الحطَّ ممَّن له الحقُّ إلخ) يندفعُ الإشكالُ بعطْفِ قوله: ((أو بخمسمائة)) على قوله: ((بألف المفرد لا على ألفين المثنى)) وهذا هو المتعيِّنُ في هذه العبارة لتوافُق كلامهم.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٩.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٩ معزياً إلى "الذخيرة".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٣/٨٩ معزياً إلى "التجنيس".

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في جواز النكاح ق٧٤/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/ب، وفيه: ((لزوم)) بدل ((قبول)).

وأنْ لا يكونَ مضافاً ولا معلَّقاً كما سيجيءُ[١]، ولا المنكوحةُ مجهولةً،..........

ممن له الحقُّ ـ وهو المرأةُ ـ لا ممن عليه، فالظَّاهرُ أنَّه مما خالَفَ فيه القبولُ الإيجابَ فلا يصحُّ، يُحرَّرُ، أفادَهُ "الرَّحمتيُّ".

[١١١٧٧] (قولُهُ: وأنْ لا يكونَ مضافاً) كـ: تَزَوَّجتُكِ غداً، ((ولا مُعلَّقاً)) أي: على غيرِ كائنٍ كـ: تَزَوَّجتُكِ إنْ قَدِمَ زيدٌ، وقولُهُ: ((كما سيجيءُ)) أي: الكلامُ على المضافِ والمعلَّقِ قبيل باب الوليِّ.

[١١١٧٨] (قولُهُ: ولا المنكوحةُ مجهولةً) فلو زوَّجَ بِنْتَهُ منه وله بِنْتان لا يصحُّ إلاَّ إذا كانت إحداهما مُتزوِّجةً فيَنصرِفُ إلى الفارغةِ كما في "البزَّازيَّة"[٢]، "نهر"[٣]. وفي معناه ما إذا كانت إحداهما مُحرَّمةً عليه، فليراجع، "رحمتي". وإطلاقُ قولِهِ: ((لا يصحُّ)) دالٌّ على عدمِ الصحَّة ولو جَرَتْ مُقدِّماتُ الخِطبة على واحدةٍ منهما بعينها[٤] لتتميَّزَ المنكوحةُ عند الشُّهود، فإنَّه لا بدَّ منه، "رملي".

قلتُ: وظاهرُهُ أنَّها لو جَرَت المقدِّمات على معيَّنةٍ وتميَّزَتْ عند الشُّهودِ أيضاً يصحُّ العَقْدُ، وهي واقعةُ الفتوى؛ لأنَّ المقصود نفيُ الجهالة، وذلك حاصلٌ بتعيُّنِها عند العاقدَيْنِ والشُّهودِ وإنْ لم[٥] يُصرَّحْ باسمها كما إذا كانت إحداهما متزوِّجةً، ويُؤيِّدُهُ ما سيأتي[٦] من أنَّها لو كانت غائبةً وزوَّجَها وكيلُها فإنْ عرَفَها الشُّهودُ وعلموا أنَّه أرادَها كَفَى ذِكْرُ اسمها، وإلاَّ لا بدَّ من ذِكْرِ الأبِ والجدِّ أيضاً. ولا يخفى أنَّ قوله: زَوَّجْتُ بِنْتِي وله بنتان أَقلُّ

---

(١) "در" صـ١٧٧ـ.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في الآلة ٤/١١١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٢/ب.

(٤) ((بعينها)) ساقطة من "آ".

(٥) ((لم)) ساقطة من "الأصل".

(٦) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

ولا يُشترَطُ العِلْمُ بمعنى الإيجابِ والقبولِ فيما يَستوِي فيه الجِدُّ والهزلُ؛...........

إبهاماً من قولِ الوكيل: زَوَّجْتُ فاطمةَ، ويأتي تمامُ[1] ذلك عند قولـه: ((وحضـورُ شـاهدين حُرَّينِ))، وعند قوله: ((غَلِطَ وكيلُها إلخ)).

(تنبيهٌ)

لم يَذكُر اشتراطَ تمييزِ الرَّجُلِ من المرأة وقـتَ العَقْـد للخـلاف؛ لِمـا في "النَّـوازل" ـ في صغيرين قال أبو أحدِهما: زَوَّجْتُ بِنْتِي هذه من ابنِـكَ هـذا وقَبِـلَ، ثـمَّ ظهَـرَ الجاريـةُ غلامـاً والغلامُ جاريةً ـ: ((جازَ ذلـك))، وقـال "العتَّـابيُّ": ((لا يجـوزُ))، "بحر"[2]. قـال "الرَّملـيُّ": ((والأكثرُ على الأوَّل)).

قلتُ: وبه عُلِمَ أنَّ: زَوَّجْتُ وتَزَوَّجْتُ يصلُحُ من الجانبين، وبه صرَّحَ في "الفتح"[3] عن "المنية"، ومثلُهُ في "البحر"[4].

[١١١٧٩] (قولُهُ: ولا يُشتَرَطُ إلخ) أي: فيما كان بلفظِ تزويجٍ ونكاحٍ بخلافِ ما كان

(قولُهُ: قال "الرَّمْلِيُّ": والأكثرُ على الأوَّل) لكنَّ مُقتضى القـاعدة المتفَـقِ عليهـا ـ وهـي: أنَّـه إذا وُجِـدت الإشارةُ والتَّسميةُ واختلفَ الجنسُ أنَّ العبرةَ للتَّسمية، وأنَّ الذَّكرَ والأُنثى من بني آدم جنسان ـ عدمُ الانعقاد هنا.

(قولُهُ: وبه صرَّح في "الفتح" عن "المنية" إلخ) عبارةُ "الفتح": ((خُنْثى مُشكلٌ زُوِّجَ من خُنْثى مُشكلٍ برضا الوليِّ، فلمَّا كَبِرا إذا الزَّوجُ امرأةٌ والزَّوجةُ رجلٌ جاز نكاحُهُما عندي؛ لأنَّ قولَـه: تزوَّجتُـكِ يسـتوي من الجانبَيْن، وفي صغيرَيْن قال أبو أحدِهما: زوَّجتُ بنتي هذه إلخ، وقال "العَتَّابيُّ": لا يجـوزُ، وفي "المنيـة": زوَّجتُ وتزوَّجتُ يصلُحُ من الجانبين اهـ)).

---

(١) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين))، والمقولة [١١٢٣٩] قوله: ((لم يصح)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٤/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ معزياً إلى "القنية".

....

كنايةً؛ لِما يأتي[١] من أنَّه لا بدَّ فيه من نيَّةٍ أو قرينةٍ وفَهْمِ الشُّهود، لكنْ قيَّدَ في "الدُّرر"[٢] عدمَ الاشتراط بما إذا عَلِما أنَّ هذا اللَّفظ يَنعقِدُ به النِّكاحُ، أي: وإنْ لم يَعلَما حقيقةَ معناه، قال في "الفتح"[٣]: ((لو لُقِّنت المرأةُ: زَوَّجْتُ نفسي بالعربيَّةِ ولا تَعْلَمُ معناه، وقَبِلَ [٣/ق١١/ب] والشُّهودُ يعلمون ذلك أوْ لا يعلمون صَحَّ كالطَّلاق، وقيل: لا[٤] كالبيع، كذا في "الخلاصة"[٥]. ومثلُ هذا في جانب الرَّجُل إذا لُقِّنَهُ ولا يَعْلَمُ معناه، وهذه من جملةِ مسائل الطَّلاق والعتاق والتَّدبير والنِّكاح والخلع، فالثلاثةُ الأُوَلُ واقعةٌ في الحكم، ذكَرَهُ في عتاقِ "الأصل" في باب التَّدبير، وإذا عُرِفَ الجوابُ قال "قاضي خان"[٦]: ينبغي أن يكون النِّكاحُ كذلك؛ لأنَّ العِلْم بمضمونِ اللَّفظ إنما يُعتبَرُ لأجلِ القصد، فلا يُشترَطُ فيما يَستوي[٧] فيه الجِدُّ والهَزْلُ بخلاف البيع ونحوه، وأمَّا في الخلع إذا لُقِّنت: اختَلَعْتُ نفسي منك بمهري ونَفَقةِ عِدَّتي،

(قولُهُ: لكن قيَّد في "الدُّرر" عدمَ الاشتراط إلخ) وقال "القُتَّالُ": ((ولا يُشترَطُ العلمُ بالمعنى، سواءٌ كان عربيًّا أو عجميًّا، وسواءٌ عَلِمَا أنَّه ينعقدُ به النِّكاحُ أو لا، وهذا قضاءً، وأما ديانةً فيلزمُ العلمُ)). وفي "العماديَّة": ((لا يصحُّ عقدٌ من العُقود إذا لم يعلم معناه، وقيل: يصحُّ الجميعُ، وقيل: إنْ كان ممَّا يستوي جِدُّه وهزْلُه يصحُّ وإلاَّ فلا، كالبيع. وقد اختار "الشَّارحُ" هذا القولَ اهـ))، من "السِّنْدِيِّ".

---

(١) "در" صـ٦٣ـ.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح ١/٣٢٨.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٩.

(٤) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في جواز النكاح ق٧٤/ب.

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلق بـه انعقاد النكـاح ـ الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ١/٣٢٧ (هامش "الفتاوى الهندية") بتصرف.

(٧) ((فيما يستوي)) ساقط من "آ".

إذ لم يَحتَجْ لنيَّةٍ، به يُفتَى.

(وإنما يصحُّ بلَفْظِ تزويجٍ ونكاحٍ) لأنّهما صريحٌ..............

فقالَتْهُ ولا تَعْلَمُ معناه ولا أنّه لفظُ خُلْعٍ اختلفوا فيه، قيل: لا يَصِحُّ، وهو الصَّحيحُ، قال "القاضي": وينبغي أنْ يقعَ الطَّلاق ولا يسقطَ المهرُ ولا النَّفقةُ، وكذا لو لُقِّنَتْ أنْ تُبْرِئَهُ، وكذا المديونُ إذا لُقِّنَ ربُّ الدَّين لفظَ الإبراء لا يبرأ)) اهـ.

قلتُ: وفي فَهْمِ الشُّهودِ اختلافُ تصحيحٍ كما سيأتي بيانُهُ[١].

[١١١٨٠] (قولُهُ: إذ لم يَحْتَجْ لنيَّةٍ) بسكونِ ذالِ ((إذ))، فالجملةُ تعليلٌ لِما قبلها، وضميرُ ((يَحْتَجْ)) لِـ((ما)).

[١١١٨١] (قولُهُ: به يُفتَى) صرَّحَ به في "البزَّازيَّة"[٢]، وفي "البحر"[٣]: ((أنَّ ظاهر كلامِ "التَّجنيس" يفيدُ ترجيحَهُ)).

قلتُ[٤]: وهو مقتضى كلامِ "الفتح" المارِّ[٥]، وبه جزَمَ في متن "الملتقى"[٦] و"الدُّرر"[٧] و"الوقاية"[٨]، وذكَرَ "الشَّارح" في "شرحه"[٩] على "الملتقى": ((أنَّه اختلَفَ التَّصحيحُ فيه)).

[١١١٨٢] (قولُهُ: وإنما يَصِحُّ إلخ) اعلمْ أنَّ الصَّريح يَنعقِدُ به النِّكاحُ بلا خلافٍ، وغيرَهُ على أربعةِ أقسامٍ: قسمٍ لا خلافَ في الانعقادِ به عندنا بل الخلافُ في خارجِ المذهب، وقسمٍ

---

(١) المقولة [١١١٩٢] قوله: ((بشرط نية أو قرينة إلخ)).

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في الآلة ١٠٩/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣.

(٤) ((قلت)) ساقطة من "الأصل".

(٥) المقولة [١١١٧٩] قوله: ((ولا يشترط إلخ)).

(٦) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح صـ٢٣٨ـ.

(٧) "الدرر": كتاب النكاح ٣٢٨/١.

(٨) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ١٦٢/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٩) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ٣١٨/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(وما) عداهما كنايةٌ، ....

٢٦٧/٢ فيه خلافٌ عندنا والصَّحيحُ الانعقادُ، وقسمٍ فيه خلافٌ والصَّحيحُ عدمُهُ، وقسمٍ لا خلافَ في عدمِ الانعقاد به. فالأوَّلُ ما سِوى لَفْظَي النِّكاحِ والتَّزويجِ من لفظِ الهبةِ والصَّدقةِ والتَّمليكِ والجَعْلِ نحو: جَعَلْتُ بِنْتِي لك بألفٍ. والثَّاني نحوُ: بِعْتُ نفسي منكَ بكذا أو بِنْتِي، أو اشتريتُكِ بكذا، فقالت: نعم، ونحوُ السَّلَم والصَّرْف والقَرْض والصُّلْح. والثَّالثُ كالإجارةِ والوصيَّة. والرابعُ كالإباحةِ، والإحلالِ، والإعارةِ، والرَّهْنِ، والتَّمتُّع، والإقالة، والخُلْع، أفادَهُ في "الفتح"[(١)].

[١١١٨٣] (قولُهُ: وما عداهما كنايةٌ إلخ) في هذا التَّركيبِ إخراجُ المتنِ عن مدلولِهِ من التَّصريح بجوازِهِ بهذه الألفاظ، وأُورِدَ عليه: كيف [٣/ق١٢/أ] صَحَّ بالكنايةِ مع اشتراطِ الشَّهادة فيه، والكنايةُ لا بدَّ فيها من النيَّةِ ولا اطِّلاعَ للشُّهود عليها؟! قال "الزَّيلعيُّ"[(٢)]: ((قلنا: ليست بشرطٍ مع ذِكْرِ المهرِ، وذكَرَ "السَّرخسيُّ": أنَّها ليست بشرطٍ مطلقاً لعدم اللَّبْس، ولأنَّ كلامنا فيما إذا صرَّحا به ولم يَبْقَ احتمالٌ)) اهـ. وللمحقِّقِ "ابن الهمام" فيه بحثٌ طويلٌ يأتي بعضُهُ قريباً[(٣)].

(قولُهُ: والرَّهنِ إلخ) جَعْلُه الرَّهنَ مِمَّا لا ينعقدُ به من غير خلافٍ يُخالفُه ما في "النَّهر" حيثُ حكى فيه قولين اهـ "سندي". ولعلَّه لم يَعْتبرِ القولَ بالانعقاد فيه لعدم ظُهور وجهه كما يأتي.

(قولُهُ: في هذا التَّركيب إخراجُ المَتْن عن مَدلُوله إلخ) قد يقالُ: غيَّر تركيبَ المَتْن للإشارة إلى أنَّه لابُدَّ من أمرٍ زائدٍ عن هذه الألفاظ للانعقاد، كما هو الشَّأنُ في الكناية؛ فإنَّ إفادَتَها المعنى الكِنائيَّ تتوقَّفُ على أمرٍ زائدٍ على اللَّفظ. ومن الحكم عليها بأنَّها كنايةٌ يُستفادُ الانعقاد؛ فإنَّه لا معنى لكون اللَّفْظ كنايةً عن شيءٍ إلاَّ إفادَتَه له، ففي كلامه فائدتان، وهذا أولى من الاقتصار على فائدةٍ واحدةٍ وهي الانعقاد، فما سَلَكَه "الشَّارحُ" أولى مِمَّا فعله "المصنِّفُ"، تأمل.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٥ـ١٠٨.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٢/٩٧ بتصرف.

(٣) المقولة [١١١٩٢] قوله: ((بشرط نية أو قرينة إلخ)).

وهو كلُّ لفظٍ (وُضِعَ لتمليكِ عَيْنٍ) كاملةٍ، فلا يصحُّ بالشَّركةِ (في الحالِ) خرَجَ الوصيَّةُ غيرُ المقيَّدةِ بالحالِ..

[١١١٨٤] (قولُهُ: وهو كلُّ لفظٍ إلخ) أورَدَ عليه في "البحر"[١]: ((أنَّه يَنعقِدُ بألفاظٍ غيرِ ما ذكَرَ مثل: كُوْنِي امرأتي، وقولِها: عرَّسْتُكَ نفسي، وقولِهِ لِمُبانتِهِ: راجعتُكِ بكذا، وقولِها له: رَدَدْتُ نفسي عليكَ، وقولِهِ: صِرْتِ لي أو صَرْتُ لكِ، وقولِهِ: ثَبَتَ حقِّي في منافعِ بُضْعِكِ))، وذكَرَ ألفاظاً أُخرَ، و((أنَّه يَنعقِدُ في الكلِّ مع القَبُول))، ثمَّ أجابَ: ((بأنَّ العبرةَ في العقود للمعاني حتَّى[٢] في النِّكاح كما صرَّحُوا به، وهذه الألفاظُ تؤدِّي معنى النِّكاح)).

وحاصلُهُ أنَّ هذه الألفاظَ داخلةٌ في النِّكاح؛ لأنَّ المراد لفظُهُ أو ما يُؤدِّي معناه، تأمَّل.

[١١١٨٥] (قولُهُ: وُضِعَ لتَمْليكِ عَيْنٍ) خرَجَ ما لا يُفيدُ التَّمليكَ أصلاً كالرَّهْنِ والوديعةِ، وما يُفيدُ تمليكَ المنفعة كالإجارةِ والإعارةِ كما يأتي[٣].

[١١١٨٦] (قولُهُ: كاملةٍ) صرَّحَ بمفهومِهِ بقوله: ((فلا يصحُّ بالشَّركةِ))، قال في "غاية البيان": ((وكذا ـ أي: لا يَنعقِدُ ـ بلَفْظِ الشَّركةِ؛ لأنَّه يُفيدُ التَّمليكَ في البعضِ دون الكلِّ، ولهذا لا يصحُّ النِّكاحُ إذا قال: زَوَّجْتُكَ نصفَ جاريتي)).

[١١١٨٧] (قولُهُ: خرَجَ الوصيَّةُ غيرُ المقيَّدةِ بالحالِ) بأنْ كانت مُطْلَقةً أو مضافةً إلى ما بعدَ الموت، أمَّا المقيَّدةُ بالحالِ نحو: أَوْصيتُ لكَ بِبُضْعِ ابنتي للحالِ بألفِ درهمٍ فجائزٌ كما حقَّقَهُ

(قولُهُ: ثمَّ أجاب بأنَّ العِبْرةَ في العُقود للمعاني إلخ) نعم وإن كان العبرةُ في العُقود للمعاني، وهذه الألفاظُ تُؤدِّي معنى النِّكاح إلاَّ أنَّها ليست صريحةً فيه، كلفظه، وليست كنايةً عنه بالمعنى الَّذي قالَهُ وهو: ((ما وُضِعَ لتمليكِ إلخ)) فلم يَتِمَّ الجوابُ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٣ ـ ٩٤ بتصرف.

(٢) ((حتى)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "در" صـ٦٤ـ وما بعدها.

....

في "الفتح"[(١)]، وتَبِعَهُ في "النَّهر"[(٢)] قائلاً: ((وارتضاهُ غيرُ واحدٍ))، وخالَفَهم في "البحر"[(٣)]: ((بأنَّ المعتمدَ ما أطلَقَهُ الشَّارحون من عدم الجواز؛ لأنَّ الوصيَّةَ مجازٌ عن التَّمليك، فلو انعقَدَ بها لكان مجازاً عن النِّكاح، والمجازُ لا مجازَ له كما في بيوع "العناية"[(٤)])) اهـ. ونقَلَ "الرَّمليُّ" عن "المقدسيِّ": ((أنَّ قوله: إنَّ المجازَ لا مجازَ له مردودٌ، يَعرفُ ذلك مَن طالَعَ "أساس البلاغة"[(٥)])) اهـ، أي: كما قرَّرُوه في: رأيتُ مِشْفَرَ زيدٍ من أنَّه مجازٌ بمرتبتين، وكذا في ﴿فَأَذَٰقَهَا ٱللَّهُ لِبَاسَ ٱلْجُوعِ وَٱلْخَوْفِ﴾ [النحل- ١١٢].

قلتُ: لكنَّ قول "المصنِّف" كغيره: ((وما وُضِعَ لتَمْليكِ العين في الحالِ)) لا يَشمَلُ الوصيَّةَ؛ لأنَّها موضوعةٌ لتَمْليكِ العينِ[(٦)] بعد الموت، فإذا استُعمِلَتْ في تمليكِ العينِ في الحال

(قولُهُ: ونقل "الرَّمْليُّ" عن "المَقْدِسيِّ" أنَّ قولَهُ: وأنَّ المَجازَ لا مَجازَ له مردودٌ إلخ) الرَّدُّ صحيحٌ إذا كان الفقهاءُ يقولون بصحة بناء المَجاز على المَجاز، كأهل البيان فيُرَدُّ عليه بما قاله البيانيُّون لموافقتهم لهم، وإلاَّ فلا يَتِمُّ الرَّدُّ بكلامهم على الفقهاء خصوصاً والمسألةُ خلافيَّةٌ عند أهل البيان، تأمل. على أنَّ ما نقله عن "العناية" دالٌّ على مُخالفَتِهم لأهل البيان.

(قولُهُ: كما قرَّروه في: رأيتُ مِشْفَرَ زَيدٍ إلخ) فإنَّ المِشْفَرَ اسمٌ لشَفَة البعير فأُريدَ به مُطْلَقُ شَفَةٍ، ثُمَّ أُطْلِقَ على شَفَة زيدٍ، وشَبَّهَ ما أصابهم بالشَّيء المُرِّ البَشِع بقرينة الإذاقة، ثُمَّ شَبَّهَهُ باعتبار اشتماله عليهم بالثَّوب السَّابغ المُشْتَمِل على لابسه، وأشار إلى التَّشبيه بلفظ لباس.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٨/٣ معزياً إلى الكرخي.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٣/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣.

(٤) لم نعثر عليها في "العناية" بعد بحث طويل، ولعلها محرَّفة عن "النهاية"؛ إذ أصل المسألة في "النهاية" كما ذكر في "الفتاوى الهندية" ٢٧٢/١.

(٥) "أساس البلاغة": مادة ((شفر)) وهو لأبي القاسم محمود بن عمر، جار الله الخُوارزمي الزَّمَخْشَريّ (ت٥٣٨هـ). ("كشف الظنون" ٧٤/١، "بغية الوعاة" ٢٧٩/٢، "الفوائد البهية" صـ٢٠٩ـ).

(٦) من ((في الحال)) إلى ((العين)) ساقط من "الأصل".

(كهِبَةٍ وتمليكٍ وصدقةٍ) وعَطِيَّةٍ، وقَرْضٍ،..............................

كانت مجازاً، فلم يصحَّ بها النِّكاحُ بناءً على أنَّها لم تُوضَعْ للتَّمليكِ في الحال، لا بناءً على أنَّها [٣/ق١٢٢/ب] مجازُ المجازِ، اللَّهمَّ إلاَّ أنْ يجابَ بأنَّ قولهم: وُضِعَ بمعنى استُعْمِلَ، فيَشْمَلُ الحقيقةَ والمجازَ، أو هو مبنيٌّ على أنَّ المجازَ موضوعٌ بالوَضْعِ النَّوْعيِّ كما أوضَحَهُ شارح "التَّحرير"[١] في أوَّلِ الفصل الخامس، فتأمَّل.

[١١١٨٨] (قولُهُ: كهِبَةٍ) أي: إذا كانت على وجهِ النِّكاح.

واعلمْ أنَّ المنكوحةَ إمَّا أَمَةٌ أو حُرَّةٌ: فإذا أضافَ الهِبةَ إلى الأَمَةِ ـ بأنْ قال لرَجُلٍ: وَهَبْتُ أَمَتِي هذه منكَ ـ فإنْ كان الحالُ يدلُّ على النِّكاح من إحضارِ شهودٍ وتسميةِ المهر مُعجَّلاً ومُؤجَّلاً ونحوِ ذلك يَنصرِفُ إلى النِّكاح، وإنْ لم يكن الحالُ دليلاً على النِّكاح فإنْ نَوَى النِّكاحَ وصَدَّقَهُ الموهوبُ له فكذلك يَنصرِفُ إلى النِّكاح بقرينةِ النِّيَّة، وإنْ لم يَنْوِ يَنصرِفُ إلى مِلْكِ الرَّقبةِ.

وإنْ أُضيفَتْ إلى الحُرَّة فإنَّه يَنعقِدُ من غيرِ هذه القرينة؛ لأنَّ عدم قبولِ المحلِّ للمعنى الحقيقيِّ ـ وهو المِلْكُ للحُرَّة ـ يُوجِبُ الحملَ على المجازِ، فهو القرينةُ، فإنْ قامَت القرينةُ على عدمِهِ لا يَنعقِدُ، فلو طلَبَ من امرأةِ الزِّنا، فقالت: وهبتُ نفسي منكَ، فقال الرَّجُل: قَبِلْتُ لا يكونُ نكاحاً كقولِ أبي البِنْتِ: وهبتُها لكَ لتَخدِمَكَ فقال: قَبِلْتُ، إلاَّ إذا أرادَ به النِّكاحَ، كذا في "البحر"[٢]، "ط"[٣].

[١١١٨٩] (قولُهُ: وقَرْضٍ إلخ) قال في "النَّهر"[٤]: ((وفي الصَّرْفِ والقَرْض والصُّلْح والرَّهْن

---

(١) "التقرير والتحبير": المقالة الأولى ـ الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة ومجاز ـ مسألة: واعلم أن الوضع يكون لقاعدةٍ كليَّةٍ إلخ ٤/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣ معزياً إلى "الخانية".

(٣) "ط": كتاب النكاح ٩/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٣/أ.

....

قولان، وينبغي ترجيحُ انعقادِهِ بالصَّرْفِ عملاً بالكلِّيَّة؛ لِما أنَّه يُفيدُ[1] مِلْكَ العين في الجملة، وبه يترجَّحُ ما في "الصَّيرفيَّة" من تصحيحِ انعقادِهِ بالقَرْض وإنْ رجَّحَ في "الكشف"[2] وغيرِهِ عدمَهُ، وجزَمَ "السَّرخسيُّ"[3] بانعقادِهِ بالصُّلْح والعَطِيَّة، ولم يَحْكِ "الإتقانيُّ" غيرَهُ)) اهـ، وسيأتي[4] الكلامُ على الرَّهْن.

لكنَّ قوله: ((ولم يَحْكِ "الإتقانيُّ" غيرَهُ)) سَبْقُ قلم، فإنَّ الذي ذكرَهُ "الإتقانيُّ" في "غاية البيان": ((أنَّه لا يَنعقِدُ بالصُّلْح))، وهكذا نقلَهُ عنه في "البحر"[5]، وعزاه في "الفتح"[6] إلى "الأجناس"، ثمَّ نقَلَ كلامَ "السَّرخسيِّ".

قلتُ: وينبغي التَّفصيلُ والتَّوفيقُ بأنْ يقال: إنْ جُعِلَت المرأةُ بدَلَ الصُّلْحِ يصحُّ، مثل أنْ يقولَ أبو البِنْتِ لدائنِهِ مثلاً: صالَحْتُكَ عن ألفِكَ التي لَكَ عليَّ ببِنْتي هذه، وإنْ جُعِلَتْ مُصالَحاً عنها ـ بأنْ قال: صالَحْتُكَ عن بِنْتي بألفٍ ـ لا يصحُّ، وعليه يُحمَلُ كلامُ "غاية البيان"، بدليل أنه علَّلَهُ بقوله: ((لأنَّ الصُّلْح حَطِيطةٌ وإسقاطٌ للحقِّ)) اهـ. ٢٦٨/٢

ولا يخفى أنَّ الإسقاط إنما هو بالنِّسبة [٣/ق١٣/أ] للمُصالَحِ عنه، والمقصودُ مِلْكُ المتعة

(قولُهُ: لِمَا أنَّه يُفيدُ مِلكَ العَيْن في الجُمْلة، وبه يَترجَّحُ إلخ) وسيذكر "المصنِّفُ" في فصلٍ في القرض: أنَّ المُستقرِضَ يملكُ القرضَ بنفس القَبْض عندهما خلافاً للثَّاني؛ حيث قال: ((لا يملِكُه ما دام قائماً)) اهـ. فانعقادُ النِّكاح به وعدَمُه مبنيٌّ على هذا الخلاف.

(قولُهُ: ولا يَخفى أنَّ الإسقاطَ إنَّما هو بالنِّسبة إلخ) هو وإن أفاد الإسقاطَ للمُصالَح عنه إلاَّ أنَّه بالنِّسبة لآخذ البَدَل لا لدافعه؛ فإنَّه يفيدُ المِلكَ في المُصالَح عنه له فيظهرُ من هذا ترجيحُ الانعقاد به وإن جعلت مُصالَحًا عنه.

---

(١) في "ب": ((يفيده)).

(٢) "كشف الأسرار": لعبد العزيز البخاري، باب أحكام الحقيقة والمجاز والصريح والكناية ١٢١/٢.

(٣) "المبسوط": كتاب الصلح ـ باب الصلح في العقار ١٦٠/٢٠ بتصرف.

(٤) المقولة [١١١٩٥] قوله: ((ورهن)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٢/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٨/٣.

وسَلَمٍ، واستئجارٍ، وصُلْحٍ، وصَرْفٍ(١)، ....

من المرأة لا إسقاطُهُ، فلذا لم يصحَّ، أمَّا بَدَلُ الصُّلْح فالمقصودُ مِلْكُهُ أيضاً، فيصحُّ به مِلْكُ المتعة.

هذا، ولم أرَ مَن تعرَّضَ للخلافِ في العَطِيَّة مثل قوله: هي لَكَ عَطِيَّةٌ بكذا؛ لأنَّه بمنزلةِ الهبةِ، وقد أفتى به في "الخيريَّة"(٢)، وأمَّا لفظُ: أعطيتُكَ بِنْتِي بكذا ـ كما هو الشَّائعُ عند الأَعْرابِ(٣) والفلاَّحين ـ فيصحُّ به العَقْدُ كما قدَّمناه(٤) عن "الفتح" عن "شرح الطَّحاويِّ"، ويقعُ كثيراً أنَّه يقولُ: جئتُكَ خاطباً ابنتَكَ لنفسي، فيقولُ أبوها: هي جاريةٌ في مَطبَخِكَ، فينبغي أن يصحَّ إذا قصَدَ العَقْدَ دون الوَعْدِ أَخْذاً مما قدَّمناه آنفاً(٥) عن "البحر" في: وَهَبْتُها لكَ لتخدِمَكَ، ويؤيِّدُهُ ما في "الذَّخيرة": ((إذا قال: جَعَلْتُ ابنتي هذه لكَ بألفٍ صَحَّ؛ لأنَّه أَتَى بمعنى النِّكاح، والعبرةُ في العُقُودِ للمعاني دون الألفاظ)) اهـ.

[١١١٩٠] (قولُهُ: وسَلَمٍ واستِئْجارٍ) هذا إذا جُعِلَت المرأةُ رأسَ مالِ السَّلَمِ أو جُعِلَتْ أُجرةً، فيَنعقِدُ إجماعاً، أمَّا إنْ جُعِلَتْ مُسْلَماً فيها فقيل: لا يَنعقِدُ؛ لأنَّ السَّلَم في الحيوان لا يصحُّ، وقيل: يَنعقِدُ؛ لأنه لو اتَّصَلَ به القبضُ يفيدُ مِلْكَ الرَّقبة مِلْكاً فاسداً، وليس كلُّ ما يُفسِدُ الحقيقيَّ يُفسِدُ مَجازيَّهُ، ورجَّحَهُ في "الفتح"(٦)، وهو مقتضى ما في المتون، وإنْ لم تُجْعَلْ

(قولُهُ: وهو مُقتضى ما في المُتون إلخ) فيه أنَّ المُتونَ ناطقةٌ بالانعقاد بما وُضِعَ لتمليك العين، والسَّلَمُ موضوعٌ لتمليك الدَّين بالنِّسبة للمسلم فيه لا العين.

(١) عبارة "د": ((وقرض وصلح وصرف وعطية وسلم واستئجار))، وعبارة "و": ((وعطية وسلم واستئجار وقرض وصلح وصرف)).

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢٠/١.

(٣) في "الأصل": ((العرب)).

(٤) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم ينوِ الاستقبال)).

(٥) المقولة [١١١٨٨] قوله: ((كهبة)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٧/٣ بتصرف.

وكلِّ ما تُملَكُ به الرِّقابُ بشَرْطِ نيَّةٍ أو قرينةٍ، وفَهْمِ الشُّهودِ المقصودَ..........

أُجرةً كقوله: أَجَّرْتُكَ[1] ابنتي بكذا فالصَّحيحُ أنَّه لا يَنعقِدُ؛ لأنَّها لا تُفيدُ مِلْكَ العينِ، أفادَهُ في "البحر"[2].

[١١١٩١] (قولُهُ: وكلِّ ما تُملَكُ به الرِّقابُ) كالجَعْلِ والبَيْعِ والشِّراء، فإنَّه يَنعقِدُ بها كما مرَّ[3].

[١١١٩٢] (قولُهُ: بشَرْطِ نيَّةٍ أو قرينةٍ إلخ) هذا ما حقَّقَهُ في "الفتح" ردّاً على ما قدَّمناه[4] عن "الزَّيلعيِّ" ـ حيث لم يَجْعَل النيَّةَ شرطاً عند ذِكْرِ المهر ـ وعلى "السَّرخسيِّ" حيث لم يَجْعَلها شَرْطاً مطلقاً.

وحاصلُ الرَّدِّ: ((أنَّ المختارَ أنَّه لا بدَّ مِن فَهْمِ الشُّهودِ المرادَ، فإنْ حكَمَ السَّامعُ بأنَّ المتكلِّم أرادَ من اللَّفظ ما لم يُوضَعْ له لا بدَّ له من قرينةٍ على إرادتِهِ ذلك، فإنْ لم تكن فلا بدَّ من إعلامِ الشُّهود بمرادِهِ، ولذا قال في "الدِّراية" ـ في تصويرِ الانعقاد بلفظ الإجارةِ عند مَن يُجيزُهُ ـ: أنْ يقولَ: أَجَّرْتُ بِنْتِي ونَوَى به النِّكاحَ وأعلَمَ الشُّهودَ اهـ، بخلافِ قولِهِ: بِعْتُكَ بِنْتِي، فإنَّ عدم قبول المحلِّ للبيع يُوجِبُ الحملَ على المجازيِّ، فهو قرينةٌ يَكتفِي بها الشُّهودُ، حتَّى لو كانت المعقودُ عليها أَمَةً لا بدَّ من قرينةٍ [٣/ق١٣/ب] زائدةٍ تدلُّ على النِّكاح من إحضارِ الشُّهود وذِكْرِ المهرِ مُؤجَّلاً أو مُعجَّلاً، وإلاَّ فإنْ نَوَى وصدَّقَهُ الموهوبُ له صَحَّ، وإنْ لم يَنوِ

(قولُهُ: وحاصلُ الرَّدِّ أنَّ المُختارَ أنَّه لابُدَّ من فَهْم الشُّهود إلخ) هذا الحاصلُ شيءٌ آخَرَ؛ فإنَّه إنَّما يفيدُ أنَّه لابُدَّ من فَهْم الشُّهود المرادَ على وجهِ ما ذَكَرَه، ولا دَلالةَ فيه على الرَّدِّ عليهما؛ إذ فَهْمُهم شيءٌ آخَرُ غيرُ النِّيَّة.

---

(١) ((أجرتك)) ساقط من "آ".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩١ ـ ٩٢، وعزا النقل وتصحيحه في مسألة الأجرة إلى "الفتاوى الظهيرية".

(٣) المقولة [١١١٨٢] قوله: ((وإنما يصح إلخ)).

(٤) المقولة [١١١٨٣] قوله: ((وما عداهما كناية إلخ)).

(لا) يصحُّ (بلَفْظِ إجارةٍ)[١] [٢] براءٍ أو بزايٍ (وإعارةٍ ووصيَّةٍ)[٣]..................

انصرَفَ إلى مِلْكِ الرَّقبة كما في "البدائع"[٤]. والظَّاهرُ أنَّه لا بدَّ مع النيَّةِ من إعلامِ الشُّهود، وقد رجَعَ "شمس الأئمَّة" إلى التَّحقيق حيث قال: ولأنَّ كلامَنا فيما إذا صرَّحا به ولم يَبْقَ احتمالٌ)) اهـ، هذا حاصلُ ما في "الفتح"[٥].

وملخَّصُهُ: أنَّه لا بدَّ في كناياتِ النِّكاحِ من النيَّة مع قرينةٍ أو تصديقِ القابِلِ للمُوجِبِ وفَهْمِ الشُّهودِ المرادَ أو إعلامِهم به.

[١١١٩٣] (قولُهُ: بلَفْظِ إجارةٍ) أي: في الأصحِّ كـ: آجَرْتُكَ نفسي بكذا بخلاف لفظِ الاستئجار، بأنْ جُعِلَت المرأةُ بدلاً مثل: استأجرتُ دارَكَ بنفسي أو ببنْتِي عند قَصْدِ النِّكاح كما مرَّ بيانُهُ[٦]، وعبَّرَ هناك بالاستئجارِ وهنا بالإجارةِ إشارةً للفَرْقِ المذكور، فلا تكرارَ، فافهم.

[١١١٩٤] (قولُهُ: ووصيَّةٍ) أي: غيرِ مقيَّدةٍ بالحالِ كما مرَّ[٧].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولا يصحُّ بلفظ الإجارة، أقول: حكي عن الكرخيِّ أنَّه قال: ينعقد بلفظ الإجارة؛ لأنَّ المملوك بالنكاح منفعةُ البضع، والإجارة وضعت لتمليك المنفعة، والأصحُّ أنَّه لا ينعقد؛ لأنَّ الإجارة ما وضعت لتمليك البضع، وإنَّما وضعت لتمليك المنفعة وقتاً، والنِّكاح لا ينعقد إلا مؤبَّداً. قال الإمام السرخسي في شرح الكافي ـ في صوره ـ: الانعقادُ بلفظ الإجارة أن يقول إنسانٌ لآخر: أجرت ابنتي منك، ونوى به الكناية، وأَعْلَمَ الشهود الذين حضروا ذلك، وأمَّا إذا جعل الحرَّة أجرةً في الإجارة بأن قال إنسان لآخر: استأجرْتُ دارك منك بابنتي هذه، وقبل الآخر، ينبغي أن ينعقد النكاح؛ لأنه روي عن محمد أنه قال: كلُّ لفظٍ تملك الرقاب به ينعقدُ به النكاح، وهذا كذلك، انتهى. كذا ذكره ابن كمال ويعقوب باشا في شرحه وحاشيته)). ق١٥٠/ب.

(٢) في "و": ((إجازة)).

(٣) في "د" زيادة: ((قوله: ووصية، أقول: هذا إذا أطلق أو أضاف إلى ما بعد الموت، أمَّا لو قال: أوصيت لك بابنتي في الحال وذلك بمحضر من الشهود، ويقول الرجل: قبلت، ينعقد النكاح، كذا في النهاية وغيرها.
ولا يخفى أنَّه على هذا في لفظ المختصر كلامٌ، وهو أنَّه ينعقد النكاح في الصورة المذكورة مع عدم ما وضع لتمليك العين حالاً؛ لأنَّ التمليك في الحال لهما مجاز بقرينة الحال إلا أن يُبْنَى الكلامُ على ثبوت الوضع في المجاز، ويُراد من الوضع ها هنا أعمُّ منها، لكنه في غاية البعد، فليتأمل. كذا ذكره يعقوب باشا في حاشيته على أصل الشرعة)). ق١٥٠/ب.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ٢/٢٣١.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٢/١٠٦.

(٦) المقولة [١١١٩٠] قوله: ((وسَلِّم واستئجار)).

(٧) "در" صـ٥٨ـ.

ورَهْنٍ ووديعةٍ ونحوِها مما لا يُفيدُ المِلْكَ، لكنْ تثبُتُ به الشُّبهةُ فلا يُحَدُّ، ولها الأقـلُّ من المسمَّى ومهرِ المثلِ، وكذا تثبُتُ بكلِّ لفظٍ لا يَنعقِدُ به النِّكاحُ، فليحفظ.......

[١١١٩٥] (قولُهُ: ورَهْنٍ) فيه اختلافُ المشايخ كما في "البنايـة"[١]، ورجَّـحَ في "الولوالجيَّـة"[٢] ما هنا من عدم الصِّحَّة، ولعلَّ "ابن الهمام" لم يَعتبِرِ القولَ الآخرَ لعدم ظُهُورِ وجهِهِ، فعَدَّ الرَّهْنَ مِـن قسمِ ما لا خلافَ في عدم الصِّحَّةِ به؛ لأنَّه لا يُفيدُ المِلْكَ أصلاً.

[١١١٩٦] (قولُهُ: ونحوِها) كإباحةٍ وإحلالٍ وتمتُّعٍ وإقالةٍ وخُلْعٍ كما قدَّمناه[٣] عـن "الفتـح"، لكنْ ذكَرَ في "النَّهر"[٤]: ((أنَّه ينبغي أنْ يُقيَّدَ الأخيرُ بمـا إذا لم تُجعَـلْ بـدَلَ الخُلْـعِ، فـإنْ جُعِلَـتْ ـ كما إذا قال أجنبيٌّ: اخلَعْ زوجتَكَ بِبنْتِي هذه فقَبِلَ ـ صَحَّ أَخْذاً من مسألةِ الإجارة)).

[١١١٩٧] (قولُهُ: لكنْ تثبُتُ به) أي: بنحوِ المذكوراتِ.

[١١١٩٨] (قولُهُ: وكذا تثبُتُ بكلِّ لفـظٍ لا يَنعقِـدُ بـه النِّكـاحُ) هـذا سـاقطٌ مـن بعضِ النُّسخ، وهو الأحسنُ، ولذا قال "ح"[٥]: ((إنَّه مكرَّرٌ مع قولِهِ: لكنْ تثبُتُ به الشُّبهةُ، مع أنَّ قوله: بكلِّ لفظٍ لا يَنعقِدُ به النِّكاحُ شاملٌ لِلَفْظٍ لا دخلَ له أصلاً كقوله لها: أنـتِ صديقـتي، فقالت: نعم، فإنَّه يَصدُقُ عليه أنَّه لَفْظٌ لا يَنعقِدُ به النِّكاحُ، ومع ذلك لا تثبُتُ به الشُّبهةُ[٦] بخلاف العبارة الأُولى، فإنَّها وَقَعَتْ بياناً لنحوِ المذكوراتِ في "المتن"، فتَختَصُّ بكلِّ لفظٍ يفيدُ المِلْكَ ولا يَنعقِدُ به النِّكاح)) اهـ.

(قولُهُ: فتختصُّ بكلِّ لفظٍ يُفيدُ المِلكَ إلخ) فيه حـذفُ ((لا)) النَّافيـة، وهـي ثابتـةٌ في "ط"، والظَّاهرُ أنَّ الأصوبَ ما فعلَهُ "المُحشِّي"، وأنَّ المرادَ ما يُفيدُ المِلكَ في الجملة، وعلى إثباتها يدخلُ: أنتِ صديقتي، تأمَّل.

---

(١) "البناية": كتاب النكاح ٤/٤٨٦.

(٢) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث في الخلوة وحرمة المصاهرة والنسب، والألفاظ الـتي ينعقـد بهـا النكـاح ١/ق ٥٥/ب.

(٣) المقولة [١١١٨٢] قوله: ((وإنَّما يصحُّ إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٣/أ بتصرف، وذكر: أنَّ هذا هو الأصح.

(٥) "ح": كتاب النكاح ق١٥٣/ب.

(٦) عبارة "ح": ((ومع ذلك لا تثبت به الشبهة ولا يندرئ به الحدُّ عنه)).

(وألفاظٍ مصحَّفةٍ كـ: تَجوَّزْتُ) لصُدُورِهِ لا عــن قَصْدٍ صحيحٍ، بل عن تحريفٍ وتصحيفٍ، فلم تكن[1] حقيقةً ولا مجازاً لعدمِ العلاقةِ بل غلطاً، فلا اعتبارَ بِهِ أصلاً،

مطلبٌ: هل يَنعقِدُ النِّكاحُ بالألفاظِ المصحَّفة نحو: تَجَوَّزْتُ؟

[١١١٩٩] (قولُهُ: وألفاظٍ مُصحَّفةٍ) من التَّصحيف، وهو تغييرُ اللَّفظ حتَّى يتغيَّرَ المعنى المقصودُ من الوَضْع كما في "المصباح"[2]، وفي "المغرب"[3]: ((التَّصحيفُ أنْ يُقرَأَ الشَّيءُ على خلافِ [٣/ق١٤/أ] ما أرادَهُ كاتبُهُ، أو على غيرِ ما اصطَلَحُوا عليه)).

[١١٢٠٠] (قولُهُ: كـ: تَجَوَّزْتُ) أي: بتقديمِ الجيم على الزَّاي، قال في "المغرب"[4]: ((جازَ المكانَ وأجازَهُ وجاوَزَهُ[5] وتجاوَزَهُ إذا سارَ فيه وخلَّفَهُ، وحقيقتُهُ: قَطَعَ جَوْزَهُ، أي: وَسَطَهُ، ومنه: جازَ البيعُ أو النِّكاحُ إذا نفَذَ، وأجازَهُ القاضي إذا نفَّذَهُ وحكَمَ به، ومنه المجيزُ: الوكيلُ أو[6] الوَصِيُّ؛ لتنفيذِهِ ما أُمِرَ به، وجوَّزَ الحكمَ: رآه جائزاً، وتجويزُ الضَّرَّابِ الدَّراهمَ: أنْ يَجْعَلَها رائجةً جائزةً، وأجازَهُ بجائزةٍ سنِيَّةٍ إذا أعطاه عَطِيَّةً، ومنها جوائزُ الوُفُودِ للتُّحَفِ واللُّطَفِ، وتَجَاوَزَ عن المسيءِ وتَجَوَّزَ عنه: أَغْضَى عنه وعَفَا، وتَجَوَّزَ في الصلاة: ترخَّصَ فيها وتساهَلَ، ومنه: تجوَّزَ في أَخْذِ الدَّراهم)) اهـ ملخَّصاً. ٢٦٩/٢

[١١٢٠١] (قولُهُ: لصُدُورِهِ لا عن قَصْدٍ صحيحٍ) أشار به إلى الفَرْقِ بينه وبين انعقادِهِ

(قولُهُ: من التَّصحيف وهو: تغييرُ اللَّفظ إلخ) والمرادُ هنا الخطأُ مُطلقاً، أعمُّ من أن يكون تحريفاً أو تصحيفاً؛ وذلك أنَّ ما كان من الغَلَط في النَّقْط يُسمَّى تصحيفاً، كـ: خبيرٌ بمعنى عليمٍ، وحبيرٌ بالمهملة بمعنى الحرير، وما كان في الشَّكْل يُسمَّى تحريفاً، كـ: سَليمٌ مُكبَّراً، أو سُلَيمٌ مُصغَّراً اهـ "سندي".

---

(١) في "د" و "و": ((يكن)).

(٢) "المصباح": مادة ((صحف)) بتصرف يسير.

(٣) "المغرب": مادة ((صحف)).

(٤) "المغرب": مادة ((جوز)).

(٥) ((وجاوزه)) ساقطة من "آ".

(٦) في "م" بالواو بدل ((أو)).

"تلويح" ....

بلفظٍ أعجميٌّ بأنَّ اللُّغةَ الأعجميَّةَ تصدُرُ عمَّن تكلَّمَ بها عن قَصْدٍ صحيحٍ بخلافِ لَفْظِ التَّجويزِ، فإنَّه يصدُرُ لا عن قَصْدٍ صحيحٍ، بل عن تحريفٍ وتصحيفٍ، فلا يكونُ حقيقةً ولا مجازاً، "منح"(١) ملخَّصاً. والتَّحريفُ: التَّغييرُ، وهو المرادُ بالتَّصحيف كما مرَّ(٢).

[١١٢٠٢] (قولُهُ: "تلويح") ليس مرادُهُ عَزْوَ المسألةِ إلى "التَّلويح"، بل عَزْوَ مضمونِ التَّعليل؛ لأنَّها غيرُ مذكورةٍ فيه ولا في غيرِهِ من الكتبِ المتقدِّمة، وإنما ذكَرَها "المصنِّف" في "متنه"، وذكَرَ في شرحِهِ "المنحِ"(٣): ((أنَّه كَثُرَ الاستفتاءُ عنها في عامَّةِ الأمصار))، وأنَّه كَتَبَ فيها رسالةً حاصلُها: ((اعتمادُ عدمِ الانعقادِ بهذا اللَّفظ؛ لأنَّه لم يُوضَعْ لتمليكِ العَيْنِ للحال، وليس لَفْظَ نكاحٍ ولا تزويجٍ، وليس بينه وبين ألفاظِ النِّكاح علاقةٌ مُصحِّحةٌ للمجازيَّة عنها كما استُعِيْرَ لفظُ الهِبَةِ والبيعِ للنِّكاح، ومِن ثَمَّ صرَّحُوا بأنَّه لا يَنعقِدُ بلَفْظِ الإحلالِ والإجارةِ والوصيَّة؛ لعدمِ صحَّةِ الاستعارة، ولا يصحُّ قياسُ ذلك على اللُّغةِ الأعجميَّةِ لعدم القَصْد الصَّحيح)) كما مرَّ(٤)، ثمَّ استشهَدَ لذلك بما ذكَرَهُ المحقِّقُ "السَّعدُ التَّفتازانيُّ" في بحثِ الحقيقة والمجاز من "التَّلويح"(٥)، وهو: ((أنَّ اللَّفظَ المستعملَ استعمالاً صحيحاً جارياً على القانون إمَّا حقيقةٌ أو مجازٌ؛ لأنَّه إن استُعمِلَ فيما وُضِعَ له فحقيقةٌ، وإن استُعمِلَ في غيرِهِ فإنْ كان لعلاقةٍ بينه وبين الموضوع له فمجازٌ، وإلاَّ فمُرتَجَلٌ، وهو أيضاً من قسمِ [٣/ق١٤/ب] الحقيقةِ؛ لأنَّ الاستعمال الصَّحيح في الغيرِ بلا علاقةٍ وضعٌ جديدٌ، فيكونُ اللَّفظُ مُستعمَلاً فيما وُضِعَ له، فيكونُ حقيقةً، وقيَّدنا الاستعمالَ بالصَّحيح احترازاً عن الغَلَطِ مثل: استعمالِ لفظِ الأرض في السَّماء من غيرِ قصدٍ إلى وضعٍ جديدٍ)) اهـ.

---

(١) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١١٣/ب.

(٢) المقولة [١١١٩٩] قوله: ((وألفاظ مصحَّفة)).

(٣) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١١٣/أ بتصرف يسير.

(٤) المقولة [١١٢٠١] قوله: ((لصدوره لا عن قصدٍ صحيحٍ)).

(٥) "شرح التلويح على التوضيح": الباب الأول ـ التقسيم الثاني: في استعمال اللفظ في المعنى في الحقيقة والمجاز والمرتجل والمنقول ١/٦٩ بتصرف.

نعم لو اتّفَقَ قومٌ على النُّطقِ بهذه الغلطةِ وصدَرَتْ عن قصدٍ كان ذلك وضعاً جديداً فيصحُّ، به أفتى "أبو السُّعود"[١] ....

[١١٢٠٣] (قولُهُ: نَعَمْ إلخ) هذا ذكرَهُ "المصنِّفُ" أيضاً، حيث قال[٢] عقب عبارة "التَّلويح" المذكورة: ((نَعَمْ لو اتّفَقَ قومٌ على النُّطْقِ بهذه الغلطةِ بحيث إنَّهم يَطلُبُون بها الدِّلالة على حِلِّ الاستمتاعِ، وتصدُرُ عن قَصْدٍ واختيارٍ منهم فللقولِ بانعقادِ النِّكاح بها وجهٌ ظاهرٌ؛ لأنَّه ـ والحالةُ هذه ـ يكونُ وضعاً جديداً منهم، وبانعقادِهِ بين قومٍ اتَّفَقَتْ كلمتُهم على هذه الغلطةِ أفتى شيخ الإسلام "أبو السُّعود" مُفتي الدِّيار الرُّوميَّة، وأمَّا صُدُورُها لا عن قَصْدٍ إلى وضعٍ جديدٍ ـ كما يقعُ من بعضِ الجهلةِ الأَغْمار ـ فلا اعتبارَ به، فقد قال في "التَّلويح"[٣]: إنَّ استعمال اللَّفظ في الموضوعِ له أو غيرِهِ طلبُ دلالتِهِ عليه وإرادتِهِ منه، فمجرَّدُ الذِّكرِ لا يكونُ استعمالاً صحيحاً، فلا يكونُ وَضْعاً جديداً)) اهـ.

وحاصلُ كلام "المصنِّف": أنه إن اتَّفَقُوا على استعمالِ التَّجْويزِ في النِّكاح بوضعٍ جديدٍ قَصْداً يكونُ حقيقةً عُرْفيَّةً مثل الحقائقِ المرتَجَلةِ، ومثل الألفاظِ الأعجميَّة الموضوعةِ للنِّكاح، فيصحُّ به العَقْدُ لوجودِ طلب الدِّلالة على المعنى المرادِ وإرادتِهِ من اللَّفظ قَصْداً، وإلاَّ فذِكْرُ هذا اللَّفْظِ بدون ما ذُكِرَ لا يكونُ حقيقةً لعدم الوَضْع، ولا مجازاً لعدم العلاقة، فلا يصحُّ به العَقْدُ لكونِهِ غَلَطاً كما أفتى به "المصنِّف" تبعاً لشيخِهِ العلاَّمة "ابن نجيمٍ" ومُعاصِريه، لكنْ أَفْتى بخلافِهِ العلاَّمةُ "الخيرُ الرَّمليُّ" في "الفتاوى الخيريَّة"[٤]، ونازَعَ "المصنِّفَ" فيما استشهَدَ به،

(قولُهُ: الأغمارِ) في "القاموس": ((الغَمْرُ من النَّاس: جماعتُهُم ولَفيفُهُم، ومَن لَم يُجرِّب الأُمورَ اهـ)).

---

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٨/٢ نقلاً عن المفتي "أبي السعود".

(٢) "المنح": كتاب النكاح ١/ق ١١٣/ب.

(٣) "شرح التلويح على التوضيح": الباب الأول ـ التقسيم الثاني في استعمال اللفظ في المعنى في الحقيقة والمجاز والمرتجل والمنقول ٧١/١ بتصرف.

(٤) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢٠/١.

....

وكذا نازَعَهُ في "حاشيته" على "المنح": ((بأنّه لا دَخْلَ لبحثِ الحقيقةِ والمجازِ المرتَّبِ على عدم العلاقة))، وقد أقرَّ "المصنِّفَ": ((بأنّه تصحيفٌ))، فكيف يتّجهُ ذِكْرُ نَفْيِ العلاقةِ؟! بل نُسلِّمُ كونَهُ تصحيفاً بإبدالِ حرفٍ مكانَ حرفٍ، فلو صدَرَ مِن عارفٍ لا يَنعقِدُ به، وهو محلُّ فتوى الشَّيخ "زين بن نجيمٍ" ومُعاصِرِيه، فيقعُ الدَّليلُ في محلِّهِ حينئذٍ. والمسألةُ [٣/ق١٥٥/أ] لم يُوجَدْ فيها نقلٌ بخصوصِها عن المشايخ، فصارَتْ حادثةَ الفتوى، وقد صرَّحَ الشّافعيَّةُ[1] بأنّه لا يَضُرُّ من عامِّيٍّ إبدالُ الزَّاي جيْماً وعكسُهُ مع تشديدِهم في النّكاح، بحيث لم يُجَوِّزُوه إلاَّ بلَفْظِ الإنكاحِ والتَّزويجِ، والإفتاءُ بحسبِ الإنهاء، فإذا سُئِلَ المفتي: هل يَنعقِدُ بلفظِ التَّجويزِ؟ يجيبُ بـ: لا؛ لعدمِ التَّعرُّضِ لذكر التَّصحيف، والأصلُ عدمُهُ، وإذا سُئِلَ في عامِّيٍّ قدَّمَ الجيمَ على الزَّاي بلا قَصْدِ استعارةٍ لعدمِ علمه بها، بل قصَدَ حِلَّ الاستمتاعِ باللَّفظِ الواردِ شرعاً، فوقَعَ له ما ذُكِرَ ينبغي فيه موافقةُ الشّافعيَّة، وبالأَولى فيما إذا اتَّفَقَتْ كلمتُهم على هذه الغلطةِ كما قطَعَ به "أبو السُّعود"[2]. وقد صرَّحُوا بعدمِ اعتبارِ الغَلَطِ والتَّصحيفِ في مواضعَ، فأوقَعُوا الطَّلاقَ بالألفاظِ المصحَّفةِ مع اشتراكِ الطَّلاق والنّكاح في أنَّ جِدَّهما جِدٌّ وهَزْلَهُما جِدٌّ وخَطَرِ الفُرُوجِ، وأَفْتَوا بالوقوعِ في: عليَّ الطَّلاق، وأنّه تعليقٌ يقعُ به الطَّلاق عند وقوعِ

(قولُهُ: وكذا نازعه في حاشيته على "المنح" بأنّه لا دَخْلَ لبحث الحقيقة والمجاز إلخ) عبارتُهُ في "الفتاوى": ((ولا[3] شَكَّ أنَّ الصَّادرَ من الجَهَلة الأغمارِ تصحيفٌ لا دَخْلَ لبحث الحقيقة والمجاز، ولا لنفيِ الاستعارةِ المُرتَّبِ على عدمِ العلاقة فيه المُصرَّحِ به في كلام "الغزِّيِّ"؛ إذ معناه الأصليُّ وهو التَّسويغ، أو جَعْلُه مارّاً غيرَ مُلاحِظٍ لهم أصلاً إلخ)).

---

(١) انظر "تحفة المحتاج": كتاب النكاح ٢١٩/٧ (هامش "حواشي الشرواني وابن قاسم) ، و"نهاية المحتاج": كتاب النكاح ٢١١/٦.

(٢) مرت ترجمته ٥٥/١.

(٣) في المطبوعة ((لأن))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لما في "الفتاوى الخيرية".

وأمَّا الطَّلاقُ فيقعُ بها قضاءً[١] كما في أوائلِ "الأشباه"[٢] (و) لا (بتَعَاطٍ)..........

الشَّرْطِ؛ لأنَّه صار بمنزلةِ: إنْ فَعَلْتِ فأنتِ كذا، ومثلُهُ: الطَّلاق يَلْزَمُني لا أفعلُ[٣] كـذا مع كونِهِ غلطاً ظاهراً لغةً وشرعاً؛ لعدم وجود ركنِهِ وعدمِ محلِّيَّةِ الرَّجُـلِ للطَّلاق، وقـولُ "أبي السُّعود": ((إنَّه ـ أي: هذا الطَّلاقَ ـ ليس بصريحٍ ولا كنايةٍ)) نظراً لمجرَّدِ اللَّفظِ لا إلى الاستعمالِ الفاشي؛ لعدم وجودِهِ في بلاده، فإذا لم نَعتبرْ هذا الغَلَطَ الفاحشَ لَزِمَنا أنْ لا نعتبرَهُ فيما نحن فيه مـع فُشُوِّ استعمالِهِ وكثرةِ دَوَرانِهِ في أَلْسِنَةِ أهل القُرى والأمصار، بحيث لو لُقِّنَ أحدُهم التَّزويجَ لعَسُرَ عليه النُّطقُ به، فلا شكَّ أنَّهم لا يَلْمَحُون استعارةً لنَرُدَّ مَلْمَحَهم بعدم العلاقةِ، بل هو تصحيفٌ عليهـم فَشَا في لسانِهم، وقد استحسَنَ بعـضُ المشـايخ عـدمَ فسـاد الصَّـلاة بـإبدال بعـضِ الحـروف وإنْ لم يتقارب المخرجُ؛ لأنَّ فيه بلوى العامَّة؛ فكيف فيما نحن فيه؟! اهـ ملخَّصاً. ٢/٢٧٠

[١١٢٠٤] (قولُهُ: وأمَّا الطَّـلاقُ فيقـعُ بهـا إلخ) أي: بالألفـاظِ المصحَّفـةِ كتَـلاقٍ وتَـلاكٍ وطَلاكٍ وطَلاغٍ وتَلاغٍ. قال في "البحر"[٤]: ((فيقعُ قضاءً، ولا يُصدَّقُ إلاَّ إذا أَشهَدَ على ذلك قبل التَّكلُّم، بأنْ قال: امرأتي تطلُبُ مني الطَّلاقَ وأنا لا أُطلِّقُ فأقولُ هذا، ولا فَرْقَ بين العالِمِ [٣/ق١٥/ب] والجاهلِ، وعليه الفتوى)) اهـ.

ثمَّ إنَّه لا فَرْقَ يظهرُ بين النِّكاح والطَّلاق، وقد استدلَّ "الخيرُ الرَّمليُّ" على ذلك بما قدَّمناه[٥] من قول "قاضي خان": ((إنَّه ينبغي أنْ يكون النِّكاحُ كالطَّلاق والعِتاق في أنَّه لا يُشترَطُ العِلْمُ بمعناه؛ لأنَّ العِلْم بمضمون اللَّفظ إنما يُعتبَرُ لأجلِ القَصْد، فلا يُشترَطُ فيما يَستوي فيه الجِدُّ والهزلُ)) اهـ.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: مقتضى ما مرَّ عن أبي السعود وقوعُهُ ديانةً إلا أن يُقَالَ: إذا وقع قضاء يقع ديانة بالأولى؛ لأنَّه قاصدٌ الإيقاعَ. ق١٥١/أ.

(٢) "الأشباه والنظائر": القاعدة الأولى: لا ثواب إلا بالنية، بيان ما تكون النية فيه شرطاً، وما لا تكون صـ١٩ـ.

(٣) ((لا أفعل)) ساقط من "الأصل".

(٤) "البحر": كتاب الطلاق ٣/٢٧١.

(٥) المقولة [١١١٧٩] قوله: ((ولا يشترط...)).

....

قال: ((فإذا عَلِمنا أنَّ الطَّلاق واقعٌ مع التَّصحيف فينبغي أن يكـون النِّكـاحُ نـافذاً معـه أيضاً)) اهـ.

قلتُ: وأمَّا الجوابُ بـأنَّ وقـوع الطَّـلاق للاحتيـاطِ في الفُـرُوج فهـو مشـتركُ الإلـزام، على أنَّه لا احتياطَ في التَّفريق بعد تحقُّـقِ الزَّوجيَّـةِ بمجـرَّدِ التَّلفُّـظِ بلفـظٍ مُصحَّـفٍ أو مهمـلٍ لا معنى له، بل الاحتياطُ في بقاء الزَّوجيَّةِ حتَّى يتحقَّقَ المزيلُ، فلولا أنَّهم اعتبروا القصدَ بهـذا اللَّفظِ المصحَّفِ بدونِ وضعٍ جديدٍ ولا علاقةٍ لم يُوقِعُوا بـه الطَّـلاقَ؛ لأنَّ اللَّفـظَ[1] الخـارجَ عن الحقيقةِ والمجاز لا معنى له، فعُلِمَ أنَّهم اعتَبَرُوا المعنى الحقيقـيَّ المرادَ، ولم يَعتـبِرُوا تحريـفَ اللَّفظِ، بل قولُهم: يقعُ بها قضاءً يفيدُ أنَّه يُقضَى عليه بالوقوع وإنْ قال: لم أُرِدْ بهـا الطَّـلاقَ حملاً على أنَّها من أقسامِ الصَّريح، ولذا قُيِّـدَ تصديقُـهُ بالإشـهادِ، فبـالأَولى إذا قـال العـامِّيُّ: ((جَوَّزْتُ)) بتقديمِ الجيم، أو ((زَوَّزْتُ)) بالزَّاي بدل الجيم قاصداً به معنـى النِّكـاحِ يَصِـحُّ، ويدلُّ عليه أيضاً ما قدَّمناه[2] عن "الذَّخيرة": ((من أنَّه إذا قال: جَعَلْتُ بِنْتِي هذه لـكَ بـألفٍ صَحَّ؛ لأنَّه أتى بمعنى النِّكاح، والعبرةُ في العُقُودِ للمعاني دون الألفاظ))، فهـذا التَّعليـل يـدلُّ على أنَّ كلَّ ما أفادَ معنى النِّكاح يُعطَى حكمَهُ، لكنْ إذا كان بلَفْظِ نكاحٍ أو تزويـجٍ أو مـا وُضِـعَ لتمليـكِ العَيْـن للحـال، ولا شـكَّ أنَّ لفـظَ ((جَـوَّزْتُ)) أو ((زَوَّزْتُ)) لا يَفْهَـمُ منـه العاقدان والشُّهودُ إلاَّ أنَّه عبارةٌ عن التَّزويجِ، ولا يُقصَدُ منه إلاَّ ذلك المعنى بحسـب العُـرف، وقد صرَّحُوا بأنَّه يُحمَلُ كلامُ كـلِّ عـاقدٍ وحـالِفٍ وواقِـفٍ على عُرْفِـهِ، وإذا وقَـعَ الطَّـلاقُ بالألفاظِ المصحَّفة ـ ولو مِن عالِمٍ كما مرَّ[3] وإنْ لم تكن مُتعارفـةً كمـا هـو ظـاهرُ إطلاقِهـم فيها ـ يصحُّ النِّكاحُ من العَوَامِّ بالمصحَّفةِ [٣/ق١٦٦/أ] المتعارَفةِ بالأَولى، واللهُ تعالى أعلم.

---

(١) في "آ" و "ب" و "م": ((الغلط)).

(٢) المقولة [١١١٨٩] قوله: ((وقرض إلخ)).

(٣) المقولة [١١١٩٩] قوله: ((وألفاظٍ مصحَّفة)).

احتراماً للفُرُوجِ[١].

(وشُرِطَ سماعُ كلٍّ من العاقِدَيْنِ لفظَ الآخرِ) ليتحقَّقَ رضاهما..............

(تنبيهٌ)

عُلِمَ مما قرَّرناه جوازُ العَقْد بلفظِ ((أَزْوَجْتُ)) بالهمزةِ في أوَّلِهِ خلافاً لِما ذكرَهُ السيِّد "محمَّد أبو السُّعود"[٢] في "حاشية مسكين" عن "شيخه" من عدمِ الجواز معلِّلاً: ((بأنَّه لم يَجِدْهُ في كتب اللُّغة، فكان تحريفاً وغَلَطاً)).

[١١٢٠٥] (قولُهُ: احتراماً للفُرُوجِ) أي: لِخَطَرِ أَمْرِها وشدَّةِ حُرْمتِها، فلا يصحُّ العَقْدُ عليها إلاَّ بلَفْظٍ صريحٍ أو كنايةٍ.

[١١٢٠٦] (قولُهُ: سَمَاعُ كلٍّ) أي: ولو حكماً كالكتابِ إلى غائبةٍ؛ لأنَّ قراءتَهُ قائمةٌ مَقامَ الخطابِ كما مَرَّ[٣]، وفي "الفتح"[٤]: ((يَنعقِدُ النِّكاحُ من الأخرسِ إذا كانت له إشارةٌ معلومةٌ)).

[١١٢٠٧] (قولُهُ: ليتحقَّقَ رضاهما) أي: لِيَصدُرَ منهما ما مِن شأنِهِ أنْ يدلَّ على الرِّضا[٥]؛

(قولُ "الشَّارح" ليتحقَّق رضاهُما) هذه العلَّةُ قاصرةٌ؛ فإنَّه إذا أوجبَ الرَّجلُ مُسْمِعاً لها، وقبِلَت غيرَ مُسْمِعَةٍ له قبُولَها فقد صدَرَ منهُما ما من شأْنِه أن يَدُلَّ على الرِّضا، ومع هذا لا ينعقدُ النِّكاحُ، تأمَّل.

(قولُهُ: لأنَّ قراءتَهُ قائمةٌ مَقامَ الخطاب إلخ) الظاهرُ أنَّ مسألةَ الكتابة مُسْتثناةٌ من اشتراط سَماعِ كلٍّ من العاقدَيْن لفْظَ الآخر؛ لأنَّ القراءةَ وإن أُقيمت مُقامَ الخطاب لم يُوجَد من الكاتب سماعُ القَبُول من الآخر لا حقيقةً ولا حُكْماً، وإن وُجِدَ من المكتوب إليه السَّماعُ حُكْماً بالقراءة.

---

(١) في "ب": ((للفرج)).

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح ٨/٢ معزياً إلى "التلويح" نقلاً عن والده.

(٣) المقولة [١١١٦٢] قوله: (("فتح")).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٥) في "ب": ((الرضاء)).

....

إذ حقيقةُ الرِّضا غيرُ مشروطةٍ في النِّكاح؛ لصحَّتِهِ مع الإكراهِ والهزلِ، "رحمتي". وذكَرَ السيِّد "أبو السُّعود"[1]: ((أنَّ الرِّضا[2] شرطٌ مِن جانبها لا من جانبِ الرَّجُل))، واستدلَّ لذلك بما صرَّحَ به "القهستانيُّ"[3] في المهرِ من فسادِ العَقْدِ إذا كان الإكراهُ من جهتِها.

وأقول: فيه نظرٌ، فإنَّه ذكَرَ في "النُّقاية"[4]: ((أنَّ في النِّكاحِ الفاسدِ لا يجبُ شيءٌ إنْ لم يَطَأْها، وإنْ وَطِئَها وجَبَ مهرُ المثل))، فقال "القهستانيُّ"[5] ـ عند قوله: ((في النِّكاحِ الفاسدِ)) ـ : ((أي: الباطلِ كالنِّكاحِ للمَحَارِمِ المؤبَّدةِ أو المؤقَّتة، أو بإكراهٍ مِن جهتِها إلخ))، فقولُهُ: ((مِن جهتِها)) معناه: أنَّها إذا أَكْرَهَت الزَّوْجَ على التزوُّجِ بها لا يَجبُ لها عليه شيءٌ؛ لأنَّ الإكراهَ جاء مِن جهتِها، فكان في حكمِ الباطل لا باطلاً حقيقةً، وليس معناه أنَّ أحداً أَكْرَهَها على التَّزوُّجِ، ونظيرُ هذه المسألةِ ما قالوه في كتاب الإكراه من أنَّه لو أُكْرِهَ على طلاقِ زوجتِهِ قبل الدُّخولِ بها لَزِمَهُ نصفُ المهر، ويَرجِعُ به على المُكرِهِ إنْ كان المُكرِهُ له[6] أجنبيّاً، فلو كانت الزَّوجةُ هي التي أَكْرَهَتْهُ على الطَّلاقِ لم يَجِبْ لها شيءٌ، نَصَّ عليه "القهستانيُّ"[7] هناك أيضاً. وأمَّا ما ذُكِرَ مِن: ((أنَّ نكاحَ المُكرَهِ صحيحٌ إنْ كان هو الرَّجُلَ، وإنْ كان هو المرأةَ فهو فاسدٌ)) فلم أرَ مَن ذكَرَهُ وإنْ أوهَمَ كلامُ "القهستانيِّ" السَّابقُ[8]

(قولُهُ: لا يجبُ لها عليه شيءٌ إلخ) أي: فيما لو طُلِّقت قبل الدُّخول، أو لم يطَأْها.

---

(١) "فتح المعين": كتاب النكاح ٢/٧.

(٢) في "آ" و"ب": ((الرضاء)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/٢٨٨.

(٤) انظر "شرح النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح ـ فصل: أقل المهر عشرة دراهم صـ٥٨٦ـ٥٨٧ـ.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/٢٨٨.

(٦) ((له)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "جامع الرموز": كتاب الإكراه ٢/٣٧١ معزياً إلى "الظهيرية".

(٨) في المقولة نفسها.

(و) شُرِطَ (حضورُ) شاهدَيْنِ...

ذلك، بل عباراتُهم مُطلَقَةٌ في أنَّ نكاح المكرَهِ صحيحٌ كطلاقِهِ وعتقِهِ مما يصحُّ مع الهزلِ، ولفظُ المكرَهِ شاملٌ للرَّجُلِ والمرأةِ، فمَن ادَّعَى التَّخصيصَ فعليه إثباتُهُ بالنَّقلِ الصَّريح، نعم فرَّقُوا بين الرَّجُلِ والمرأةِ في الإكراه على الزِّنا في إحدى الرِّوايتين، [٣/ق١٦٦/ب] ثمَّ رأيتُ في إكراهِ "الكافي"[١] لـ"الحاكم الشَّهيد" ما هو صريحٌ في الجوازِ، فإنَّه قال: ((ولو أُكْرِهَتْ على أنْ تَزَوَّجَتْهُ بألفٍ ومهرُ مِثْلِها عشرةُ آلافٍ فزَوَّجَها[٢] أولياؤُها مُكرَهين فالنِّكاحُ جائزٌ، ويقولُ القاضي للزَّوج: إنْ شئتَ أَتْمِمْ لها مهرَ مِثْلِها وهي امرأتُكَ إنْ كان كُفْئاً لها، وإلاَّ فَرَّقَ بينهما ولا شيءَ لها إلخ))، فافهم. ٢٧١/٢

[١١٢٠٨] (قولُهُ: وشُرِطَ حُضُورُ شاهدَيْنِ) أي: يَشهدانِ على العَقْدِ، أمَّا الشَّهادةُ على التَّوكيلِ بالنِّكاح فليست بشرطٍ لصحَّتِهِ كما قدَّمناه[٣] عن "البحر"، وإنما فائدتُها الإثباتُ عند جُحُودِ التَّوكيلِ. وفي "البحر"[٤]: ((قيَّدنا الإشهادَ بأنَّه خاصٌّ بالنِّكاح لقولِ "الإسبيجابيِّ": وأمَّا سائرُ العُقُود فتنفذُ بغيرِ شهودٍ، ولكنَّ الإشهاد عليه مستحبٌّ للآيةِ اهـ. وفي "الواقعات": أنَّه واجبٌ في المداينات، وأمَّا الكتابةُ ففي عِتْقِ "المحيط": يُستحَبُّ أنْ يَكتُبَ للعِتْقِ كتاباً ويُشهِدَ عليه صيانةً عن التَّجاحُدِ كما في المداينة بخلاف سائرِ التِّجاراتِ للحَرَجِ؛ لأنَّها مما يكثُرُ وقوعُها اهـ. وينبغي أنْ يكون النِّكاحُ كالعِتْقِ؛ لأنَّه لا حَرَجَ فيه)) اهـ.

(تنبيهٌ)

أشارَ بقوله فيما مرَّ[٥]: ((ولا المنكوحةُ مجهولةً)) إلى ما ذكرَهُ في "البحر"[٦] هنا بقوله:

(قولُهُ: زَوَّجها أولياؤُها إلخ) لعلَّ فيه حذفَ ((أو))[٧] العاطفة.

---

(١) انظر "المبسوط": كتاب الإكراه ـ باب الإكراه على العتق والطلاق والنكاح ٢٤/٦٤ بتصرف.

(٢) في النسخ جميعها: ((زوَّجها))، وما أثبتناه من عبارة "المبسوط".

(٣) المقولة [١١١٤٦] قوله: ((وقيل: هو إيجاب)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٦.

(٥) "در" صـ٥٣ـ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٥.

(٧) انظر التعليق (٢) من هذه الصحيفة.

....

((ولا بدَّ من تمييزِ المنكوحةِ عند الشَّاهدَيْنِ لتنتفيَ الجهالةُ، فإنْ كانت حاضرةً مُنتَقِبةً كَفَى الإشارةُ إليها، والاحتياطُ كَشْفُ وَجْهِها، فإنْ لم يَرَوا شَخْصَها وسَمِعُوا كلامَها من البيت إنْ كانت وحدَها فيه جازَ، ولو معها أخرى فلا؛ لعدم زوالِ الجهالة، وكذا إذا وَكَّلَتْ بالتَّزويجِ فهو على هذا)) اهـ، أي: إنْ رَأَوْها أو كانت وحدَها في البيت يجوزُ أنْ يَشْهَدُوا عليها بالتَّوكيل إذا جَحَدَتْهُ، وإلاَّ فلا؛ لاحتمال أنَّ الموكِّل المرأةُ الأخرى، وليس معناه أنَّه لا يصحُّ التَّوكيلُ بدون ذلك، وأنَّه يصيرُ العَقْدُ عَقْدَ فُضُوليٍّ فيصحُّ بالإجازةِ بعده قولاً أو فعلاً؛ لِما علمتَهُ آنفاً، فافهم.

مطلبٌ: "الخصَّافُ" كبيرٌ في العِلْم يجوزُ الاقتداءُ به

ثمَّ قال في "البحر"[1]: ((وإنْ كانت غائبةً ولم يَسْمَعُوا كلامَها ـ بأنْ عَقَدَ لها وكيلُها فإنْ كان الشُّهودُ يَعرِفُونها كَفَى ذِكْرُ اسمِها إذا عَلِمُوا أنَّه أرادَها، وإنْ لم يَعرِفُوها لا بدَّ مِن ذِكْرِ اسمِها واسمِ أبيها وجدِّها، وجَوَّزَ "الخصَّافُ" النِّكاحَ[2] مطلقاً، حتَّى لو وكَّلَتْهُ فقال بحضرتِهما: زَوَّجْتُ نفسي مِن مُوكِّلتِي أو مِن امرأةٍ جَعَلَتْ أمرَها بيدي فإنَّه يصحُّ عنده، قال "قاضي خان"[3]: [٣/ق١٧/أ] و"الخصَّافُ" كان كبيراً في العِلْم يجوزُ الاقتداءُ به، وذكَرَ "الحاكم الشَّهيد" في "المنتقى" كما قال "الخصَّافُ")) اهـ.

قلتُ: وفي "التَّتارخانيَّة"[4] عن "المضمرات": ((أنَّ الأوَّلَ هو الصَّحيحُ، وعليه الفتوى))، وكذا قال في "البحر"[5] في فصل الوكيل والفُضُوليِّ: ((إنَّ المختار في المذهب خلافُ ما قالَهُ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٥.

(٢) عبارة "الأصل": ((في النكاح)).

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلق به انعقاد النكاح ـ الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ١/٣٢٣ معزياً إلى شمس الأئمة السرخسي (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس في تعريف المرأة والزوج في العقد بالتسمية أو الإشارة ٢/٦٠٤ـ٦٠٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٣/١٤٧ بتصرف.

....

"الخصَّاف" وإنْ كان "الخصَّافُ"[١] كبيراً)) اهـ.

وما ذكرُوه في المرأةِ يَجري مثلُهُ في الرَّجُل، ففي "الخانيَّة"[٢]: ((قال الإمامُ "ابنُ الفضل": إنْ كان الزَّوجُ حاضراً مُشاراً إليه جازَ، ولو غائباً فلا ما لم يُذكَر اسْمُهُ واسمُ أبيه وجَدِّهِ، قال: والاحتياطُ أنْ يُنسَبَ إلى المَحَلَّة أيضاً، قيل له: فإنْ كان الغائبُ معروفاً عند الشهود؟ قال: وإنْ كان معروفاً لا بدَّ من إضافةِ العَقْدِ إليه. وقد ذكرنا عن غيره في الغائبة: إذا ذُكِرَ اسمُها لا غيرُ وهي معروفةٌ عند الشُّهود، وعَلِمَ الشُّهودُ أنَّه أرادَ تلك المرأةَ يجوزُ النِّكاح)) اهـ.

والحاصلُ: أنَّ الغائبةَ لا بدَّ مِن ذِكْرِ اسمِها واسمِ أبيها وجَدِّها وإنْ كانت معروفةً عند الشُّهود على قولِ "ابنِ الفضل"، وعلى قولِ غيرِهِ يكفي ذكرُ اسمِها إنْ كانت معروفةً[٣] عندهم، وإلاَّ فلا، وبه جزَمَ صاحبُ "الهداية" في "التَّجنيس"، وقال: ((لأنَّ المقصود من التَّسمية التَّعريفُ وقد حصَلَ))، وأقرَّهُ في "الفتح"[٤] و"البحر"[٥]، وعلى قولِ "الخصَّاف" يكفي مطلقاً، ولا يخفى أنَّه إذا كان الشُّهودُ كثيرينَ لا يَلزَمُ معرفةُ الكلِّ، بل إذا ذُكِرَ اسمُها وعَرَفها اثنان منهم كَفَى.

والظَّاهرُ: أنَّ المراد بالمعرفة أنْ يَعرِفا أنَّ المعقودَ عليها هي فلانةٌ بنتُ فلان الفلانيِّ لا معرفةُ شَخْصِها، وأنَّ ذِكْرَ الاسمِ غيرُ شرطٍ، بل المرادُ الاسمُ أو ما يُعيِّنُها ممَّا يقومُ مَقامَهُ؛ لِما في "البحر"[٦]: ((لو زَوَّجَهُ بِنْتَهُ ولم يُسَمِّها وله بِنْتان لم يصحَّ للجهالةِ، بخلاف ما إذا كانت له بِنْتٌ واحدةٌ، إلاَّ إذا سَمَّاها بغيرِ اسمِها ولم يُشِرْ إليها فإنَّه لا يصحُّ كما في "التَّجنيس")) اهـ.

---

(١) ((وإن كان الخصاف)) ساقط من "الأصل".

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلّق به انعقاد النكاح ـ الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ٣٢٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) من ((عند الشهود)) إلى ((معروفة)) ساقط من "آ".

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٧/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٠/٣-٩١.

(حُرَّيْنِ) أو حرٌّ وحرَّتين (مكلَّفَيْنِ سامعَيْنِ قولَهما معاً[1])........................

وفيه[2] عن "الذَّخيرة": ((إذا كان للمُزَوِّجِ ابنةٌ واحدةٌ وللقابلِ ابنٌ واحدٌ، فقال: زَوَّجْتُ ابنتي من ابنِكَ يجوزُ النِّكاح، وإنْ كان للقابلِ ابنان فإنْ سَمَّى أحدَهما باسمِهِ صَحَّ إلخ))، وفيه[3] عن "الخلاصة"[4]: ((إذا زَوَّجها أخوها فقال: زَوَّجْتُ أختي ولم يُسَمِّها جاز إنْ كانَتْ له أختٌ واحدةٌ))، وانظر ما قدَّمناه[5] [٣/ق١٧/ب] عند قوله: ((ولا المنكوحةُ مجهولةً)).

[١١٢٠٩] (قولُهُ: حُرَّيْنِ إلخ) قال في "البحر"[6]: ((وشُرِطَ في الشُّهودِ الحرِّيَّةُ، والعقلُ، والبلوغُ، والإسلامُ، فلا يَنعقِدُ بحضرةِ العبيد والمجانين والصِّبيان والكفَّار في نكاحِ المسلمين؛ لأنَّه لا وِلايةَ لهؤلاء، ولا فَرْقَ في العبد بين القِنِّ والمُدبَّر والمكاتَبِ، فلو عتَقَ العبيدُ أو بلَغَ الصِّبيان بعد التَّحمُّلِ، ثمَّ شَهِدُوا إنْ كان معهم غيرُهم[7] وقتَ العَقْدِ ممن يَنعقِدُ بحضورِهم جازَتْ شهادتُهم؛ لأنَّهم أهلٌ للتَّحمُّل وقد انعقَدَ العَقْدُ بغيرِهم، وإلاَّ فلا كما في "الخلاصة"[8] وغيرِها)).

[١١٢١٠] (قولُهُ: أو حُرٌّ وحُرَّتين) كذا في "الكنز"[9]، وقد نسَبَهُ "المصنِّفُ"، فذكرَهُ "الشَّارح" لدَفْعِ إيهامِ اختصاصِ الذُّكور في شهادةِ النِّكاح كما نبَّهَ عليه "الخيرُ الرَّمليُّ".

[١١٢١١] (قولُهُ: سامِعَيْنِ قولَهما معاً) فلا يَنعقِدُ بحضرةِ النَّائمَيْنِ والأَصَمَّيْنِ، وهو قولُ العامَّةِ، وتصحيحُ "الزَّيلعيِّ"[10] الانعقادَ بحضرةِ النَّائمَيْنِ دونَ الأَصَمَّيْنِ ضعيفٌ رَدَّهُ ٢٧٢/٢

---

(١) في "د" و "و": ((معاً قولهما)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٩١/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الشهود ق٧٧/ب معزياً إلى "فتاوى البقالي".

(٥) المقولة [١١١٧٨] قوله: ((ولا المنكوحة مجهولة)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٩٥/٣.

(٧) في "م": ((غير)).

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الشهود ق٧٧/أ.

(٩) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ١٣٩/١.

(١٠) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٩٩/٢.

....

في "الفتح"(١) و"البحر"(٢)، وأجابَ في "النَّهر"(٣) بحَمْلِ النَّائمَيْنِ على الوَسْنانَيْنِ السَّامِعَيْنِ، واعترِضَ بأنَّه حينئذٍ يكونُ محلَّ وِفاقٍ لا خلافٍ، ثمَّ قال في "النَّهر"(٤): ((وينبغي أنْ لا يُختلَفَ في انعقادِهِ بالأَصَمَّيْنِ إذا كان كلٌّ من الزَّوجِ والزَّوجةِ أخرسَ؛ لأنَّ نكاحَهُ ــ كما قالوا ـ يَنعقِدُ بالإشارةِ حيث كانت معلومةً)) اهـ.

قال في "الفتح"(٥): ((ومن اشتراطِ السَّماع ما قدَّمناه في التَّزوُّجِ(٦) بالكتاب من أنَّه لا بدَّ من سَمَاعِ الشُّهود ما في الكتاب المشتمل على الخِطبة ـ بأنْ تقرأَهُ المرأةُ عليهم ـ أو سماعِهِم العبارةَ عنه بأنْ تقولَ: إنَّ فلاناً كتَبَ إليَّ يَخطُبُني، ثمَّ تُشهِدَهم أنَّها زَوَّجَتْهُ نفسَها)) اهـ.

لكنْ إذا كان الكتابُ بلَفْظِ الأَمْرِ ـ بأنْ كتَبَ: زَوِّجي نفسَكِ منِّي ــ لا يُشترَطُ سماعُ الشَّاهدَيْنِ لِما فيه بناءً على أنَّ صيغةَ الأَمْرِ توكيلٌ؛ لأنَّه لا يُشترَطُ الإشهادُ على التَّوكيل، أمَّا على القولِ بأنَّه إيجابٌ فيُشترَطُ كما في "البحر"(٧)، وقدَّمنا بيانَهُ فيما مَرَّ(٨).

وخرَجَ بقولِهِ: ((معاً)) ما لو سَمِعا مُتفرِّقَيْنِ، بأنْ حضَرَ أحدُهما العَقْدَ، ثمَّ غابَ وأُعِيْدَ بحضرةِ الآخرِ، أو سَمِعَ أحدُهما فقط العَقْدَ، فأُعِيْدَ فسَمِعَهُ الآخرُ دون الأوَّل، أو سَمِعَ أحدُهما الإيجابَ والآخرُ القبولَ، ثمَّ أُعِيْدَ فسَمِعَ كلٌّ وحدَهُ ما لم يَسْمَعْهُ أوَّلاً؛ لأنَّ في هذه الصُّورِ وُجِدَ عَقْدانِ لم يَحضُرْ كلَّ واحدٍ منهما شاهدان كما في "شرح النِّقاية"(٩). [٣/ق١٨/أ]

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٤، وقال: ((ولقد أبعدَ عن الفقه والحكمة الشرعية من زاد النائمَيْن)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٤ معزياً إلى "التجنيس" نقلاً عن "شرح قاضيخان".

(٣) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٣/ب.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٣/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٤.

(٦) في "الأصل": ((التزويج)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٥.

(٨) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

(٩) انظر "شرح النقاية لملا علي القاري": كتاب النكاح صـ ٥٤٨ـ بتصرف.

على الأصحِّ[1] (فاهِمَيْنِ) أنَّه نكاحٌ على المذهبِ، "بحر" (مُسلمَيْنِ...............

[١١٢١٢] (قولُهُ: على الأصحِّ) راجعٌ لقولِهِ: ((سامِعَيْنِ)) وقولِهِ: ((معاً))، ومقابلُ الأوَّلِ القولُ بالاكتفاءِ بمجرَّدِ حُضُورِهما، ومقابلُ الثَّاني ما عن "أبي يوسف" من أنَّه إن اتَّحَدَ المجلسُ جازَ استحساناً كما في "الفتح"[2].

[١١٢١٣] (قولُهُ: فاهِمَيْنِ إلخ) قال في "البحر"[3]: ((جزَمَ في "التَّبيين"[4] بأنَّه لو عَقَدَا بحضرةِ هِنْدِيَّيْنِ لم يَفْهَما كلامَهما لم يَجُزْ، وصحَّحَهُ في "الجوهرة"[5]، وقال في "الظَّهيريَّة"[6]: والظَّاهرُ أنَّه يُشترَطُ فَهْمُ أنَّه نكاحٌ، واختارَهُ في "الخانيَّة"[7]، فكان هو المذهبَ، لكنْ في "الخلاصة"[8]: لو يُحسِنانِ العربيَّةَ فعَقَدَا بها والشُّهودُ لا يَعرِفُونها اختلَفَ المشايخُ فيه، والأصحُّ أنَّه يَنعقِدُ اهـ. فقد اختلَفَ التَّصحيحُ في اشتراطِ الفَهْمِ)) اهـ.

وحَمَلَ في "النَّهر"[9] ما في "الخلاصة" على القول باشتراطِ الحُضُورِ بلا سماعٍ ولا فَهْمٍ، أي: وهو خلافُ الأصحِّ كما مَرَّ[10]، ووَفَّقَ "الرَّحمتيُّ" بِحَمْلِ القولِ بالاشتراطِ على اشتراطِ

(قولُهُ: ووَفَّق "الرَّحمتيُّ" بحمل القَوْل بالاشتراط إلخ) لكن في "البزَّازيَّة": ((تلفَّظتِ المرأةُ بالعربيَّة: زَوَّجتُ نفسي من فلان، ولا تعرفُ ذلك، وقال فلان: قبلْتُ، والشُّهودُ يعلمون أو لا يعلمون صحَّ النِّكاحُ، قال في "النِّصاب": ((وعليه الفتْوى))، "منح" اهـ "سندي")).

---

(١) في "ب": ((لأصح)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٤.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٤.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ٢/٩٩.

(٥) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٢/٦٧ بتصرف.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس في معرفة الشهود والوكالة ونكاح الفضولي ق٧٧/أ.

(٧) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ١/٣٣٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الشهود ق٧٧/ب.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٣/ب.

(١٠) في المقولة نفسها.

لنكاحِ مسلمةٍ ولو فاسقَيْنِ[١]..........................

فَهْمِ أنَّه عَقْدُ نكاحٍ، والقول بعدمِهِ على عدمِ اشتراطِ فَهْمِ[٢] معـاني الألفـاظِ بعـدَ فَهْـمِ أنَّ المـراد عَقْدُ النِّكاح.

[١١٢١٤] (قولُهُ: لنكاحِ مُسلِمةٍ) قيدٌ لقولِهِ: ((مُسلِمَيْنِ)) احترازاً عن نكاحِ الذمِّيَّة، فإنَّه لو تَزَوَّجَها مسلمٌ عند ذِمِّيَّيْنِ صَحَّ كما يأتي[٣]، لكنَّه يُوهِمُ أنَّ ما قبلَهُ مـن الشُّـروطِ يُشـترَطُ في أنكحةِ الكفَّار أيضاً، مع أنَّها تصحُّ بغـيرِ شـهودٍ إذا كـانوا يَدِيْنُـون ذلـك كمـا سـيأتي[٤] في بابِهِ، ولدَفْعِ ذلك قال في "الهداية"[٥]: ((ولا يَنعقِـدُ نكـاحُ المسـلِمِيْنَ إلاَّ بحضـورِ شـاهدَيْنِ حُرَّيْنِ إلخ))، وقد يجابُ بأنَّ الكلام في نكاحِ المسلمين، بدليلِ أنَّه سيَعْقِدُ لنكاحِ الكـافر بابـاً على حِدَةٍ، ولَمَّا كان تَزَوُّجُ المسلمِ ذمِّيَّةً لا يُشترَطُ فيه إسلامُ الشَّـاهدَيْنِ احـترَزَ عنـه بقولِـهِ: ((لنكاحِ مسلمةٍ)).

[١١٢١٥] (قولُهُ: ولو فاسقَيْنِ إلخ) اعلمْ أنَّ النِّكاح له حُكْمان: حكمُ الانعقاد، وحكـمُ الإظهار، فالأوَّلُ ما ذكرَهُ، والثَّاني إنما يكونُ عند التَّجاحُدِ، فلا يُقبَلُ في الإظهارِ إلاَّ شـهادةُ مَن تُقبَلُ شهادتُهُ في سائرِ الأحكام كما في "شرح الطَّحاويِّ"، فلذا انعقَدَ بحضورِ الفاسـقَيْنِ، والأعميَيْـنِ، والمحدودَيْـنِ في قـذفٍ وإنْ لم يَتُوبـا، وابـني العـاقدَيْنِ وإنْ لم يُقبَـلْ أداؤهـم عنـد القاضي كانعقادِهِ بحضرةِ العَدُوَّين، "بحر"[٦].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو فاسقين إلخ، قال الشمني: لأنَّ الفاسقَيْنِ أهلُ الولايةِ القاصرة بـلا خـلاف؛ لأنَّ لـه أن يـزوِّجَ نفسـه وعبده وأمته، فيكون من أهل التحمُّل للشهادة وإنْ لم يكن من أهل أدائها؛ لأنَّ كلاًّ من التحمل والأداء ولايةٌ قاصرةٌ لا إلـزامَ فيه، ولا يظهر شهادتهما عند الدعوى لا أداء الفاسق [فإنه] مردود، والنكـاحُ موقوفٌ على تحمُّـل الشـهادة لا على قبولها، فصار العقد بحضور الفاسقين كالعقد بحضور الأعمين حيثُ يصحُّ ولا تفيد شهادتُهما عند الدعوى، انتهى)). ق١٥١/أ.

(٢) من ((على اشتراط)) إلى ((فهم)) ساقط من "الأصل".

(٣) "در" صـ٨٢ـ.

(٤) "در" صـ٦١٨ـ وما بعدها.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ١/١٩٠.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ٣/٩٥-٩٦.

أو محدودَيْنِ في قذفٍ، أو أعمَيَيْنِ أو ابني الزَّوجَيْنِ أو ابني أحدِهما...............

مطلبٌ في عطف الخاصِّ على العامِّ

[١١٢١٦] (قولُهُ: أو محدودَيْنِ في قَذْفٍ) أي: وقد تابا، قال في "النَّهر"[(١)]: ((وهذا القيدُ لا بدَّ منه، وإلاَّ لَزِمَ التَّكرارُ)) اهـ.

واعتُرِضَ بأنَّ المقصود من إطلاق "المصنِّف" الإشارةُ إلى خلافِ "الشَّافعيِّ" [٣/ق١٨/ب] في الفاسقِ المُعلِنِ والمحدودِ قبل التَّوبة، أمَّا المستورُ والمحدودُ التَّائبُ فلا خلافَ له فيهما كما في "شرح المجمع" و"الحقائق"، وأيضاً فالمحدودُ أخصُّ مطلقاً من الفاسق، وذِكْرُ الأخصِّ بعدَ الأعمِّ واقعٌ في أفصحِ الكلام.

على أنَّهم صرَّحُوا بأنَّه إذا قُوبِلَ الخاصُّ بالعامِّ يُرادُ به ما عدا الخاصَّ، لكنْ في "المغني"[(٢)]: ((أنَّ عطف الخاصِّ على العامِّ مما تفرَّدَتْ به الواوُ وحتَّى، لكنَّ الفقهاء يتسامحون في عطفِهِ بـ: أو)).

قلت: وصرَّحَ بعضُهم بجوازِهِ بـ: ثُمَّ وبـ: أو، كما في حديث: ((ومَن كانَتْ هجرتُهُ إلى دنيا يُصيبُها أو امرأةٍ يَنكِحُها))[(٣)].

[١١٢١٧] (قولُهُ: أو أعمَيَيْنِ) كذا في "الهداية"[(٤)]، و"الكنز"[(٥)]، و"الوقاية"[(٦)]، و"المختار"[(٧)]، و"الإصلاح"، و"الجوهرة"[(٨)]، و"شرح النّقاية"[(٩)]، و"الفتح"[(١٠)]، و"الخلاصة"[(١١)]، وهو مخالفٌ

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٤/أ.

(٢) "مغني اللبيب عن كتب الأعاريب": الباب الأول في تفسير المفردات وذكر أحكامها ـ حرف الواو صـ٤٦٦ـ.

(٣) تقدم تخريجه ٣/٥٠ و٤/٢٧٩.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ١/١٩٠ بتصرف.

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ١/١٣٩.

(٦) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ١/١٦٣ (هامش "كشف الحقائق").

(٧) انظر "الاختيار لتعليل المختار": كتاب النكاح ٣/٨٤.

(٨) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٢/٦٧.

(٩) انظر "شرح النقاية لملا علي القاري" صـ٥٤٨ـ، فإنه قد ساق ما جرى عليه الشافعي رحمه الله في شهادة الأعمى وعدم إجازته لها، ولكنه لم يصرح بجوازها عندنا، والله أعلم.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٥.

(١١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الشهود ق٧٧/أ.

وإنْ لم يَثبُت النِّكاحُ بهما) بالابنين (إنِ ادَّعَى القريبُ، كما صَحَّ نكاحُ مسلمٍ ذمِّيَّةً عند ذمِّيَّيْنِ)..

لقوله في "الخانيَّة"[1]: ((ولا تُقبَلُ شهادةُ الأعمى عندنا؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على التَّمييزِ بين المدَّعِي والمدَّعَى عليه والإشارةِ إليهما، فلا يكونُ كلامُهُ شهادةً، ولا يَنعقِدُ النِّكاحُ بحضرتِهِ)) اهـ. والمختارُ ما عليه الأكثرون، "نوح".

[١١٢١٨] (قولُهُ: وإنْ لم يَثبُت النِّكاحُ بهما) أي: بالابنين، أي: بشهادتِهما، فقولُهُ: ((بالابنين)) بَدَلٌ من الضَّمير المجرور، وفي نسخةٍ: ((لهما))، أي: للزَّوْجين، وقد أشارَ إلى ما قدَّمناه[2] من الفَرْقِ بين حكمِ الانعقاد وحكمِ الإظهار، أي: يَنعقِدُ النِّكاحُ بشهادتِهما وإنْ لم يَثبُتْ بها عند التَّجاحُدِ، وليس هذا خاصّاً بالابنين كما قدَّمناه[3].

٢٧٣/٢ [١١٢١٩] (قولُهُ: إن ادَّعَى القريبُ) أي: لو كانا ابنيه وحدَهُ أو ابنيها وحدَها، فادَّعَى أحدُهما النِّكاحَ وجحَدَهُ الآخرُ لا تُقبَلُ شهادةُ ابنَي المدَّعي له بل تُقبَلُ عليه، ولو كانا ابنيهما لا تُقبَلُ شهادتُهما للمدَّعِي ولا عليه؛ لأنَّها لا تخلو عن شهادتِهما لأَصْلِهما، وكذا لو كان أحدُهما ابنَها والآخرُ ابنَهُ لا تُقبَلُ أصلاً كما في "البحر"[4].

[١١٢٢٠] (قولُهُ: كما صَحَّ إلخ) لأنَّ الشَّهادة إنما شُرِطَتْ في النِّكاح لِما فيه من إثباتِ مِلْكِ المتعةِ له عليها تعظيماً لجزءِ الآدميِّ لا لثُبوتِ مِلْكِ المهرِ لها عليه؛ لأنَّ وجوب المالِ لا تُشترَطُ فيه الشَّهادةُ كالبيعِ وغيرِهِ، وللذمِّيِّ شهادةٌ على مثلِهِ لولايته عليه، وهذا عندهما، وقال "محمَّدٌ" و"زفرُ": لا يصحُّ، وتمامُهُ في "الفتح"[5] وغيره.

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ٣٣١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [١١٢١٥] قوله: ((ولو فاسقين إلخ)).

(٣) المقولة [١١٢١٥] قوله: ((ولو فاسقين إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ٩٦/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٤/٣.

ولو مخالِفَيْنِ لدِيْنِها (وإنْ لم يَثبُت) النِّكاحُ (بهما مع إنكارِهِ) والأصلُ عندنا أنَّ كلَّ مَن ملَكَ قبولَ النِّكاحِ بوَلاية نفسِهِ انعقَدَ بحضرتِهِ..........

وأرادَ بالذمِّيَّةِ الكتابيَّةَ كما في "القهستانيِّ"(1)، قال "ح"(2): ((فخَرَجَ غيرُ الكتابيَّةِ كما سيأتي في فصل المحرَّمات، ودخَلَ [٣/ق١٩/أ] الحربيَّةُ الكتابيَّةُ وإنْ كُرِهَ نكاحُها في دار الحرب كما ذكرَهُ "الشَّارح" في محرَّماتِ "شرح الملتقى"(3)) اهـ.

[١١٢٢١] (قولُهُ: ولو مُخالِفَيْنِ لدِيْنِها) كما لو كانا نَصْرانيَّيْنِ وهي يهوديَّةٌ، وشمل إطلاقُهُ الذمِّيَّيْنِ غيرَ الكتابيَّيْنِ كمجوسيَّيْنِ، والظَّاهرُ أنَّه احترَزَ بهما عن الحربيَّيْنِ لقول "الزَّيلعيِّ"(4): ((وللذمِّيِّ شهادةٌ على مثلِهِ))، فأفادَ أنَّ شهادة الحربيِّ على الذمِّيِّ لا تُقبَلُ، والمستأمنُ حربيٌّ، أفادَهُ السيِّد "أبو السُّعود"(5).

[١١٢٢٢] (قولُهُ: مع إنكارِهِ) أي: إنكارِ المسلمِ العَقْدَ على الذمِّيَّةِ، أمَّا عند إنكارِها فمقبولٌ عندهما مطلقاً، وقال "محمَّدٌ": إنْ قالا: كان معنا مسلمان وقتَ العَقْدِ قُبِلَ، وإلاَّ لا، وعلى هذا الخلافِ لو أَسْلَما وأَدَّيا، "نهر"(6).

[١١٢٢٣] (قولُهُ: والأصلُ عندنا إلخ) عبارةُ "النَّهر"(7): ((قال "الإسبيجابيُّ": والأصلُ أنَّ كلَّ مَن صلَحَ أنْ يكون وليّاً فيه بولايةِ نفسِهِ صلَحَ أنْ يكون شاهداً فيه، وقولنا: بولايةِ نفسِهِ لإخراجِ المكاتب، فإنَّه وإنْ ملَكَ تزويجَ أَمَتِهِ لكنْ لا بولايةِ نفسِهِ، بل بما استفادَهُ

---

(1) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٦٧/١.

(2) "ح": كتاب النكاح ق١٥٣/ب.

(3) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب المحرمات ٣٢٨/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(4) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ١٠٠/٢.

(5) "فتح المعين": كتاب النكاح ١٠/٢-١١.

(6) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٤/أ بتصرف.

(7) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٤/أ.

(أَمَرَ) الأبُ (رجلاً أنْ يزوِّجَ صغيرتَهُ، فزَوَّجَها عند رَجُلٍ أو امراتين و) الحالُ أنَّ (الأبَ حاضرٌ صَحَّ) لأنَّه يُجعَلُ عاقداً حكماً..............................

من المولى اهـ. وهذا يقتضي عدمَ انعقادِهِ بالمحجورِ عليه، ولم أره[1])) اهـ.

[١١٢٢٤] (قولُهُ: أَمَرَ الأبُ رَجُلاً) أي: وكَّلَهُ، والضَّميرُ البارزُ في ((صغيرتَهُ)) للأبِ، والمستترُ في ((زَوَّجَها)) للرَّجُلِ المأمورِ، وكونُهُ رجلاً مثالٌ، فلو كان امرأةً صَحَّ، لكن اشتُرِطَ أنْ يكونَ معها رجلان أو رجلٌ وامرأةٌ[2] كما أفادَهُ في "البحر"[3].

[١١٢٢٥] (قولُهُ: لأنَّه يُجعَلُ عاقداً حُكْماً) لأنَّ الوكيل في النِّكاح سفيرٌ ومُعبِّرٌ يَنقُلُ عبارةَ الموكِّل، فإذا كان الموكِّلُ حاضراً كان مُباشِراً؛ لأنَّ العبارة تنتقلُ إليه وهو في المجلس، وليس المباشِرُ سوى هذا، بخلاف ما إذا كان غائباً؛ لأنَّ المباشِرَ مأخوذٌ في مفهومِهِ الحضورُ، فظهرَ أنَّ إنزال الحاضرِ مُباشِراً جَبْريٌّ[4]، فاندفعَ ما أورَدَهُ في "النِّهاية": ((من أنَّه تكلُّفٌ غيرُ محتاجٍ إليه، فإنَّ الأب يصلُحُ شاهداً، فلا حاجةَ إلى اعتبارِهِ مُباشِراً إلاَّ في مسألةِ البِنْتِ البالغةِ))،

(قولُهُ: وهذا يقتضي عدمَ انعقاده بالمَحجُور عليه إلخ) سيأتي في الحَجْر: أنَّ المَحجورَ عليه بالسَّفَه والغَفْلة والدَّين في أحكامه كصغيرٍ في تصرُّفاتٍ تحتملُ الفسْخَ، ويُبطِلُها الهَزْلُ، أمَّا ما لا يحتملُهُ ولا يُبطلُه فلا يُحْجرُ عليه بالإجماع، كالنِّكاح، والطَّلاق، والعِتَاق اهـ.

ومُقتضى عُمُوم ما ذَكَر أنَّه لا تَزُولُ وَلايَتُه بالحَجْر فيكون أهلاً لتزويج بنته فينعقدُ النِّكاحُ بحضرته، تأمَّل. وسيأتي في باب الوليِّ عن "شرح المجمع" ما نصُّهُ: ((حتَّى لو عُرِفَ من الأب سوءُ الاختيار لسَفَهِهِ أو لطَمَعِهِ لا يجوزُ عقدُه إجماعاً اهـ)). وهذا لا يُنافي ما قُلْناه؛ فإنَّ موضوعَهُ فيما إذا زوَّجَ الصغيرةَ بأقلَّ من مهر المِثْل، أو بغير كُفْءٍ.

---

(١) ((أره)) ساقطة من "الأصل".

(٢) في "آ": ((وامرأتان))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فروع ٣/٩٧ـ ٩٨.

(٤) ((جبري)) ساقطة من "الأصل".

(وإلاَّ لا، ولو زَوَّجَ بنتَهُ[1] البالغةَ) العاقلةَ (بِمَحْضَرِ شاهدٍ واحدٍ جاز إنْ) كانت ابنتُهُ (حاضرةً) لأنَّها تُجعَلُ عاقدةً (وإلاَّ لا) الأصلُ أنَّ الآمِرَ متى حضَرَ..........

"فتح"[2] ملخَّصاً، وتمامُهُ في "البحر"[3].

[١١٢٢٦] (قولُهُ: وإلاَّ لا) أي: وإنْ لم يكن حاضراً لا يصحُّ؛ لأنَّ انتقالَ العبارةِ إليه حالَ عدمِ الحضور لا يصيرُ به مُباشِراً.

[١١٢٢٧] (قولُهُ: ولو زوَّجَ بنتَهُ البالغةَ العاقلةَ) كونُها بنتَهُ غيرُ قيدٍ، فإنَّها لو وَكَّلَتْ رَجُلاً غيرَهُ فكذلك كما في "الهنديَّة"[4]. وقيَّدَ بالبالغةِ لأنَّها لو كانت صغيرةً لا يكونُ الوليُّ شاهداً؛ لأنَّ العَقْدَ لا يمكن نقلُهُ إليها، "بحر".[5] وبالعاقلةِ لأنَّ المجنونة كالصَّغيرة، أفادَهُ "ط"[6]. [٣/ق١٩/ب]

[١١٢٢٨] (قولُهُ: لأنَّها تُجعَلُ عاقدةً) لانتقالِ عبارةِ الوكيلِ إليها وهي في المجلس، فكانت مُباشِرةً ضرورةً، ولأنَّه لا يمكنُ جَعْلُها شاهدةً على نفسها.

[١١٢٢٩] (قولُهُ: وإلاَّ لا) أي: وإنْ لم تكن حاضرةً لا يكونُ العَقْدُ نافذاً بل موقوفاً

(قولُهُ: لا يكون العقدُ نافذاً بل موقوفاً على إجازتها) فيه أنَّه باطلٌ لا موقوفٌ؛ إذ لم يُوجَد إلاَّ شاهدٌ واحدٌ، والأبُ هو الوكيلُ المُباشرُ تأمَّل. ثمَّ رأيتُ "السِّنديَّ" ذكر ما نصُّهُ ـ بعد عبارة "ط" المنقولةِ ـ: ((وهذا كلامٌ أجنبيٌّ لا تعلُّقَ له بما نحن فيه، ولا يَتأتَّى إلاَّ فيما إذا زَوَّجَ الأبُ بنتَهُ البالغةَ بلا توكيلٍ منها، وإلاَّ فلو وَكَّلت أباها وزَوَّجها في غَيْبتها بحُضُور شاهدٍ واحدٍ لا ينعقدُ النِّكاحُ إلخ اهـ)).

---

(١) في "و": ((ابنته)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١١٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فروع ٩٧/٣-٩٨.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الأول في تفسيره شرعاً وصفته وركنه وشرطه وحكمه ٢٦٨/١ معزياً إلى "محيط السرخسي".

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٨/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح ١٢/٢.

جُعِلَ مباشراً، ثمَّ إنما تُقبَلُ شهادةُ المأمور إذا لم يَذكُرْ[١] أنَّه عقَدَهُ لئلا يشهدَ على فِعْلِ نفسِهِ،..

على إجازتِها كما في "الحمويِّ"؛ لأنَّه لا يكونُ أدنى حالاً من الفضوليِّ، وعَقْدُ الفضوليِّ ليس بباطلٍ، "ط"[٢] عن "أبي السُّعود"[٣].

[١١٢٣٠] (قولُهُ: جُعِلَ مُباشِراً) لأنَّه إذا كان في المجلسِ تنتقلُ العبارةُ إليه كما قدَّمناه[٤].

[١١٢٣١] (قولُهُ: ثمَّ إنما تُقبَلُ شهادةُ المأمورِ) يعني: عند التَّجاحُدِ وإرادةِ الإظهارِ، أمَّا من حيث الانعقادُ الذي الكلامُ فيه فهي مقبولةٌ مطلقاً كما لا يخفى. وأشارَ إلى أنَّه يجوزُ له أنْ يَشْهَدَ إذا تولَّى العَقْدَ ومات الزَّوجُ وأنكَرَتْ ورثتُهُ كما حُكِيَ عن "الصَّفَّار"، قال: ((وينبغي أن يَذكُرَ العَقْدَ لا غيرَ فيقول: هذه منكوحتُهُ))، وكذلك قالوا في الأخوين إذا زَوَّجا أختَهما، ثمَّ أرادا أن يَشْهَدا على النِّكاح: ينبغي أنْ يقولا: هذه منكوحتُهُ، "بحر"[٥] عن "الذَّخيرة".

[١١٢٣٢] (قولُهُ: لئلاَّ يَشْهَدَ على فِعْلِ نفسِهِ) يَرِدُ عليه شهادةُ نحوِ القَبَّانيِّ والقاسمِ؛ لأنَّه يُقبَلُ مع بيانِهِ أنَّه فعلُهُ، "شرنبلاليَّة"[٦].

أقول: لا يخفى أنَّ العَقْدَ إنما لَزِمَ بفِعْلِ العاقد، فشهادتُهُ على فِعْلِ نفسِهِ شهادةٌ على أنَّه هو الذي ألزَمَ مُوجَباتِ العَقْدِ، فتلغو بخلافِ القَبَّانيِّ والقاسمِ، فإنَّ فِعْلَهما غيرُ مُلزِمٍ، أمَّا القَبَّانيُّ فظاهرٌ، وأمَّا القاسمُ فلِما في شهادات "البزَّازيَّة"[٧]: ((من أنَّ وَجْهَ القبول أنَّ المِلْكَ لا يثبُتُ بالقسمة، بل بالتَّراضي أو باستعمالِ القُرعةِ ثمَّ التَّراضي عليه)) اهـ، فافهم.

---

(١) في "ب": ((تذكر)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ١٢/٢.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ١١/٢.

(٤) المقولة [١١٢٢٥] قوله: ((لأنَّه يجعل عاقداً حكماً)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ٩٨/٣.

(٦) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٢٩/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٧) "البزازية": كتاب الشهادات ـ الجنس الثاني فيما يقبل وفيما لا يقبل ـ نوع في الشهادة على فعل نفسه ٢٥٨/٥ معزياً إلى الخصاف (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو زوَّجَ المولى عبدَهُ البالغَ بحضرتِهِ وواحدٍ لم يَجُزْ على الظَّاهر، ولو أَذِنَ له فعَقَدَ بحضرةِ المولى ورجلٍ صَحَّ، والفَرْقُ لا يخفى.

(ولو قال) رجلٌ لآخرَ: (زوَّجْتَني ابنتَكَ، فقال) الآخر: (زَوَّجْتُ أو) قال: (نَعَمْ) مُجيباً له (لم يكن نكاحاً..

[١١٢٣٣] (قولُهُ: ولو زَوَّجَ المولى عبدَهُ) أي: أو أَمَتَهُ كما في "الفتح"[(١)]، وقولُهُ: ((بحضرتِهِ)) أي: العبدِ، وقولُهُ: ((وواحدٍ)) بالجرِّ عطفاً على هذا الضَّميرِ، وقولُهُ: ((لم يَجُزْ على الظَّاهر)) ذكرَهُ في "النَّهر"[(٢)]، ونقلَهُ السيِّد "أبو السُّعود"[(٣)] عن "الدِّراية" فيما لو زَوَّجَ أمتَهُ، ولا فَرْقَ بينها وبين العبد، وذكَرَ في "البحر"[(٤)]: ((أنَّه رجَّحُه في "الفتح"[(٥)] بأنَّ مباشرة السيِّد ليس فكّاً للحَجْرِ عنهما في التَّزوُّج مطلقاً، وإلاَّ لصَحَّ في مسألةِ وكيلِهِ))، أي: فيما لو زَوَّجَ وكيلُ السيِّدِ العبدَ بحضورِهِ مع آخرَ، فإنَّه لا يصحُّ. ٢٧٤/٢

[١١٢٣٤] (قولُهُ: صَحَّ) وقيل: لا يصحُّ؛ لانتقالِهِ إلى السيِّد؛ لأنَّ العبد وكيلٌ عنه، قال في "الفتح"[(٦)]: ((والأصحُّ الجوازُ بناءً على مَنْعِ كونهما ــ أي: العبدِ والأَمَةِ ــ وكيلين؛ لأنَّ الإذن فَكٌّ الحَجْرِ عنهما، فيَتَصرَّفان [٣/ق٢٠/أ] بعدَهُ بأهليَّتِهما لا بطريقِ النِّيابة)).

[١١٢٣٥] (قولُهُ: والفَرْقُ لا يخفى) هو ما ذكرناه عن "الفتح": ((من أنَّ مباشرة السيِّد العَقْدَ ليس فكّاً للحَجْرِ عن العبدِ في التَّزوُّج، فلا ينتقلُ العَقْدُ إليه، بل يبقى السيِّدُ هو العاقدَ، ولا يصلُحُ شاهداً بخلاف إذنِهِ له به، فإنَّ العبد ممنوعٌ عن النِّكاح لحقِّ السيِّد لا لعدم أهليَّتِهِ، فبالإذنِ يصيرُ أصيلاً لا نائباً، فلا ينتقلُ العَقْدُ إلى السيِّد، ويصلُحُ شاهداً، فيصحُّ بحضرتِهِ)).

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٦.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٤/ب.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ٢/١١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فروع ٣/٩٨.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٦-١١٧ بتصرف.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١١٦.

ما لم يَقُل) المُوجِبُ[1] بعده: (قَبِلْتُ) لأنَّ زَوَّجْتَـني استخبارٌ وليس بعَقْدٍ، بخلافِ زَوِّجْني؛ لأنَّه[2] توكيلٌ.

(غَلِطَ وكيلُها بالنِّكاحِ في اسمِ أبيها بغيرِ حُضُورِها لم يصحَّ) للجهالةِ، وكذا لو غَلِطَ في اسمِ بنتِهِ، ....

[١١٢٣٦] (قولُهُ: ما لم يَقُل الموجِبُ بعدَهُ) أي: بعدَ قول الآخرِ: زَوَّجْتُ أو نَعَمْ؛ لأنَّ قول الآخرِ ذلك يكونُ إيجاباً، فيحتاجُ إلى قولِ الأوَّلِ: قَبِلْتُ، وسَمَّاهُ مُوجِباً نظراً إلى الصُّورة.

[١١٢٣٧] (قولُهُ: لأنَّ زَوَّجْتَني استخبارٌ) المسألةُ من "الخانيَّة"[3]، وتقدَّمَ[4] أنَّه لو صرَّحَ بالاستفهام فقال: هل أعطيتَنيها؟ فقال: أعطيتُكَها، وكان المجلسُ للنِّكاح يَنعقِدُ، فهذا أَولى بالانعقادِ، فإمَّا أنْ يكونَ في المسألة روايتان أو يُحمَلَ هذا على أنَّ المجلس ليس لعَقْدِ النِّكاحِ، وقال في "كافي الحاكم": ((وإذا قال رجلٌ لامرأةٍ: أَتَزَوَّجُكِ بكذا أم كذا؟ فقالت: قد فعلتُ فهو بمنزلةِ قولِهِ: قد تَزَوَّجْتُكِ، وليس يحتاجُ في هذا إلى أنْ يقول الزَّوْجُ: قد قَبِلْتُ، وكذلك إذا قال: قد خَطَبْتُكِ إلى نفسي بألفِ درهمٍ، فقالت: قد زَوَّجْتُكَ نفسي، هذا كلُّهُ جائزٌ إذا كان عليه شهودٌ؛ لأنَّ هذا كلامُ النَّاس، وليس بقياسٍ)) اهـ "رحمتي".

[١١٢٣٨] (قولُهُ: لأنَّه توكيلٌ) أي: فيكونُ كلامُ الثَّاني قائماً مَقامَ الطَّرفين، وقيل: إنَّه إيجابٌ، ومَرَّ ما فيه، "ط"[5].

[١١٢٣٩] (قولُهُ: لم يَصِحَّ) لأنَّ الغائبة يُشترَطُ ذِكْرُ اسمِها واسمِ أبيها وجَدِّها، وتقدَّمَ[6]

---

(١) في "و": ((المجيب)).

(٢) في "و": ((فإنه)).

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلّق به انعقاد النكاح ـ الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ٣٢١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١١١٥١] قوله: ((إذا لم ينوِ الاستقبال)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ١٢/٢.

(٦) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

إلاَّ إذا كانت حاضرةً وأشار إليها فيصحُّ، ولو له بنتان أرادَ تزويجَ الكبرى، فغَلِطَ فسمَّاها باسمِ الصُّغرى..

أنَّه إذا عَرَفَها الشُّهودُ يكفي ذكرُ اسمِها فقط خلافاً لـ"ابن الفضل"، وعند "الخصَّاف" يكفي مطلقاً.

والظَّاهرُ: أنَّه في مسألتنا لا يصحُّ عند الكلِّ؛ لأنَّ ذِكْرَ الاسمِ وحدَهُ لا يَصرِفُها عن المرادِ إلى غيرِهِ بخلاف ذِكْرِ الاسمِ منسوباً إلى أبٍ آخرَ، فإنَّ فاطمةَ بنتَ أحمدَ لا تصدُقُ على فاطمةَ بنتِ محمَّدٍ، تأمَّل، وكذا يقالُ فيما لو غَلِطَ في اسمِها.

[١١٢٤٠] (قولُهُ: إلاَّ إذا كانَتْ حاضرةً إلخ) راجعٌ إلى المسألتين، أي: فإنَّها لو كانت مُشاراً إليها وغَلِطَ في اسمِ أبيها أو اسمِها لا يَضُرُّ؛ لأنَّ تعريفَ الإشارةِ الحسِّيَّةِ أقوى من التَّسمية؛ لِما في التَّسمية من الاشتراكِ العارِضِ، فتلغو التَّسميةُ عندها، كما لو قال: اقتَدَيْتُ بزيدٍ هذا فإذا هو عمرٌو فإنَّه يصحُّ.

[١١٢٤١] (قولُهُ: ولو له بِنْتان إلخ) أي: بأنْ كان اسمُ الكبرى مثلاً عائشةَ [٣/ق٢٠/ب] والصُّغرى فاطمةَ، فقال: زَوَّجْتُكَ بنتي فاطمةَ، وقَبِلَ صَحَّ العَقْدُ عليها وإن كانت عائشةُ هي المرادةَ، وهذا إذا لم يَصِفْها بالكبرى، أمَّا لو قال: زَوَّجْتُكَ بنْتي الكبرى فاطمةَ ففي "الولوالجيَّة"[1]: ((يجبُ أنْ لا يَنعقِدَ العَقْدُ[2] على إحداهما؛ لأنَّه ليس له ابنةٌ كبرى بهذا الاسمِ)) اهـ. ونحوُهُ في "الفتح"[3] عن "الخانيَّة"[4].

ولا تنفعُ النِّيَّةُ هنا ولا معرفةُ الشُّهود بعد صَرْفِ اللَّفْظِ عن المراد كما قلنا[5]، ونظيرُ هذا

---

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح ق٤٦/أ.

(٢) ((العَقْد)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فروع ٣/١٠٤.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلَّق به انعقاد النكاح ـ الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ١/٣٢٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) المقولة [١١٢٣٩] قوله: ((لم يصح)).

....

ما في "البحر"[1] عن "الظَّهيريَّة"[2]: ((لو قال أبو الصَّغيرة لأبي الصَّغير: زَوَّجْتُ ابنتي و لم يَزِدْ عليه شيئاً، فقال أبو الصَّغير: قَبِلْتُ يقعُ النّكاحُ للأبِ، هو الصَّحيحُ، ويجبُ أنْ يَحتاطَ فيه، فيقول: قَبِلْتُ لابني)) اهـ.

وقال في "الفتح"[3] ـ بعدَ أنْ ذكَرَ المسألةَ بالفارسيَّة ـ: ((يجوزُ النّكاح على الأبِ[4] وإنْ جرى بينهما مُقدِّماتُ النّكاح للابن، هو المختارُ؛ لأنَّ الأبَ أضافَهُ إلى نفسِهِ، بخلاف ما لو قال أبو الصَّغيرة: زَوَّجْتُ بِنْتِي من ابنِكَ، فقال أبو الابن: قَبِلْتُ و لم يَقُل: لابني، يجوزُ النّكاحُ للابن لإضافةِ المزوِّجِ النّكاحَ إلى الابن بيقينٍ، وقولُ القابل: قَبِلْتُ جوابٌ له، والجوابُ يتقيَّدُ بالأوَّلِ، فصارَ كما لو قال: قَبِلْتُ لابني)) اهـ.

قلتُ: وبه يُعلَمُ بالأولى حكمُ ما يكثُرُ وقوعُهُ، حيث يقولُ: زَوِّجِ ابنتَكَ لابني، فيقول له: زَوَّجْتُكَ، فيقولُ الأوَّلُ: قَبِلْتُ، فيقعُ العَقْدُ للأبِ، والناسُ عنه غافلون، وقد سُئِلْتُ عنه فأَجَبْتُ بذلك، وبأنَّه لا يمكنُ للأبِ تطليقُها وعَقْدُهُ للابن ثانياً؛ لِحُرمتِها على الابنِ مُؤبَّداً، ومثلُهُ[5] ما يقعُ كثيراً أيضاً، حيث يقولُ: زَوِّجْنِي بِنْتَكَ لابني؟ فيقولُ: زَوَّجْتُكَ، فإنْ قال

(قولُهُ: لو قال لأبي الصغير: زوَّجتُ ابنتي، و لم يَزِدْ عليه شيئاً إلخ) قال في "البحر": ((وهذه المسألةُ تدلُّ على أنَّ مَن قال لآخرَ بعدما جَرَى بينهُما مُقدِّماتُ البيع: بعتُ هذا العبدَ، وقال الآخرُ: اشتريتُ يصحُّ وإن لم يقل: بعتُ منك، والخُلْعُ على هذا اهـ)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٨٩/٣.

(٢) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول فيما ينعقد به النكاح ق٧٣/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ١٠٣/٣.

(٤) من ((هو الصحيح)) إلى ((على الأب)) ساقط من "آ".

(٥) من ((ومثله)) إلى نهاية هذه المقولة ساقط من "الأصل".

....

الأوَّلُ: قَبِلْتُ انعقَدَ النِّكاحُ لنفسِهِ، وإلاَّ لم يَنعقِدْ أصلاً لا له ولا لابنه كما أفتى به في "الخيريَّة"[1].

وبَقِيَ ما إذا قال: زَوِّج ابنتَكَ من ابني، فقال: وَهَبْتُها لَكَ، أو زَوَّجْتُها لَكَ، فيصحُّ للابنِ بخلاف ما مرَّ[2] عن "الظَّهيريَّة"؛ لأنَّه ليس فيه إلاَّ الخِطبةُ، أمَّا هنا فقولُهُ: زَوِّج ابنتَكَ من ابني توكيلٌ، حتَّى لم يَحْتَجْ بعده إلى قبول، فيصيرُ قولُ الآخرِ: وهبتُها لَكَ معناه: زَوَّجْتُها لابنِكَ لأجلِكَ، ولا فَرْقَ في العُرْف بين: زَوَّجْتُها لَكَ ووَهَبْتُها لَكَ، كذا حرَّرَهُ في "الفتاوى الخيريَّة"[3].

والظَّاهرُ: أنَّه لو قال: زَوَّجْتُكَ لا يصحُّ لأحدٍ، إلاَّ إذا قال الآخرُ: قَبِلْتُ فيصحُّ له.

وبقيَ أيضاً قولُهم: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي لابنِكِ، فيقولُ: قَبِلْتُ، ويظهرُ لي أنَّه يَنعقِدُ للأبِ لإسنادِ التَّزويج، وقولُ أبي البِنْتِ: لابنِكَ معناه: لأجل ابنِكَ فلا يُفيدُ، وكذا لو قال الآخرُ: قَبِلْتُ لابني لا يُفيدُ أيضاً، نَعَمْ لو قال: أعطيتُكَ بِنْتِي لابنِكَ، فيقولُ: قَبِلْتُ فالظَّاهرُ أنَّه يَنعقِدُ للابن؛ لأنَّ قولَهُ: أعطيتُكَ بِنْتِي لابنِكَ معناه في العُرْف: أعطيتُكَ بِنْتِي زوجةً لابنِكَ، وهذا المعنى وإنْ كان هو المرادَ عُرْفاً من قولهم: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي لابنِكَ لكنَّه لا يساعدُهُ اللَّفظُ كما علمتَ، والنيَّةُ وحدَها لا تنفعُ كما مرَّ[4]، والله سبحانه أعلم. ٢٧٥/٢

(قولُهُ: وإلاَّ لم ينعقد أصلاً لا لَهُ ولا لابنه إلخ) أما للأبِ فلاحتياجه إلى القَبُول، وأمَّا للابن فلأنَّ المُجيبَ خَصَّ الأبَ بقوله: زَوَّجتُك، وإنَّما سمَّيناهُ مُجيباً لأنَّ الإيجابَ حصَلَ بقوله: زَوَّجتُك، ولذلك يحتاجُ إلى القَبُول اهـ))، "خيرية". وكلامُهُ مبنيٌّ على أنَّ زوِّجني استخبارٌ لا إيجابٌ، وعلى أنَّه إيجابٌ انعقدَ لنفسه بمُجرَّد قوله: زوَّجتُك.

---

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ١/٢١-٢٢.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ١/٢١.

(٤) في المقولة نفسها.

صحَّ للصُّغرى، "خانيَّة"[١].

(ولو بعَثَ) مُريدُ النِّكاحِ (أقواماً للخِطبةِ فزَوَّجَها الأبُ) أو الـوليُّ (بحضرتِهـم صحَّ) فيُجعَلُ المتكلِّمُ فقط خاطباً والباقي شهوداً، به يُفتَى، "فتح".

(فروعٌ) قال: زَوِّجني ابنتَكَ على أنَّ أمرَها بيدِكَ.........................

وأمَّا ما في "الخيريَّة"[٢] فيمَن خطَبَ لابنِهِ بِنْتَ أخيه، فقـال أبوهـا: زَوَّجْتُـكَ بِنْتي فلانـةً لابنِكَ، وقال الآخرُ: تَزَوَّجْتُ أجاب: ((لا يَنعقِدُ؛ لأنَّ التَّزوُّجَ غيرُ التَّزويج)) اهـ ففيـه نظرٌ، بـل لم يَنعقِدْ للابنِ لقولِ أبي البِنْتِ: زَوَّجْتُكَ بكافِ الخطاب، ولا لأبيه لكونِهِ عَمَّ البِنْـتَ، حتَّى لـو كان أجنبيّاً عنها انعقَدَ النِّكاحُ له، بل هو أَولى بالانعقاد له من[٣] المسألةِ المارَّةِ[٤] عن "الظَّهيريَّـة"؛ لحصولِ الإضافة لـه في الإيجـاب والقبـول بخلافِ مـا في "الظَّهيريَّـة"، وكـونُ مصـدرِ: زَوَّجْتُـكَ التَّزويجَ، ومصدرِ: تَزَوَّجْتُ التَّزوُّجَ لا يَظهَرُ وَجْهاً؛ إذ لا يلزمُ اتِّحـادُ المـادَّةِ في الإيجـاب والقبـول فَضْلاً عن اتِّحادِ الصِّيغة، فلو قال: زَوَّجْتُكَ، فقال: قَبِلْتُ أو رَضِيْتُ جازَ، فتأمَّل.

[١١٢٤٢] (قولُهُ: صَحَّ إلخ) في "الفتح"[٥] عن "الفتاوى": ((قيل: لا يصحُّ وإنْ قَبِلَ عـن الزَّوْجِ إنسانٌ واحدٌ؛ لأنَّه نكاحٌ بغيرِ شهودٍ؛ لأنَّ القوم كلَّهم خاطبون مَـن تكلَّـمَ ومَن لا؛ لأنَّ التَّعـارُف هكذا: أنْ يتكلَّمَ واحدٌ ويسكتَ الباقون، والخاطب لا يصيرُ شاهداً، وقيل: يصحُّ، وهو الصَّحيـحُ، وعليه الفتوى؛ لأنَّه لا ضرورةَ في جَعْلِ الكلِّ خاطباً، فيُجعَلُ المتكلِّمَ فقط والباقي شهودٌ)) اهـ.

ونقَلَ بعدَهُ في "البحر"[٦] عن "الخلاصة"[٧]: ((أنَّ المختار عدمُ الجواز)) اهـ.

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلق بـه انعقـاد النكـاح ـ الفصـل الأول في الألفـاظ الـتي ينعقـد بهـا النكاح ٣٢٤/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ٢١/١.

(٣) في "ب": ((عن)).

(٤) في المقولة نفسها.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ١١٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فروع ٩٨/٣.

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الشهود ق٧٧/ب معزياً إلى "الفتاوى".

لم يكن له الأمرُ؛ لأنَّه تفويضٌ قبلَ النِّكاح. وكَّلَهُ بأنْ يُزوِّجَهُ فلانةً بكذا، فزادَ الوكيلُ في المهرِ لم يَنفُذ، فلو لم يَعلَمْ حتَّى دخَلَ بَقِيَ الخيارُ بين إجازتِهِ وفسخِهِ، ولها الأقلُّ من المسمَّى ومهرِ المثل؛ لأنَّ الموقوف كالفاسد. تزوَّجَ بشهادةِ الله ورسولِهِ لم يَجُزْ،......

ولا يخفى أنَّ لفظ الفتوى آكدُ ألفاظِ التَّصحيحِ، ووفَّقَ بعضُهم بِحَمْلِ ما في "الخلاصة" على ما إذا قَبِلُوا جميعاً.

وأقول: يُنافيه قولُ "الخلاصة"[1]: ((وقُبِلَ واحدٌ من القومِ))، ومثلُهُ ما مرَّ[2] عن "الفتح": ((وإنْ قَبِلَ عن الزَّوْجِ إنسانٌ واحدٌ))، فافهم.

[١١٢٤٣] (قولُهُ: لم يكنْ له الأَمْرُ إلخ) ذكَرَ "الشَّارح"[3] في آخرِ بابِ الأَمْرِ باليدِ: ((نَكَحَها على أنَّ أَمْرَها بيدِها صَحَّ)) اهـ.

لكنْ ذكَرَ [٣/ق٢١/أ] في "البحر"[4] هناك: ((أنَّ هذا لو ابتَدَأَت المرأةُ فقالت: زَوَّجْتُ نفسي على أنَّ أَمْري بيدي أُطلِّقُ نفسي كلَّما أريدُ، أو على أنِّي طالقٌ، فقال: قَبِلْتُ وقَعَ الطَّلاقُ، وصارَ الأَمْرُ بيدِها، أمَّا لو بدَأَ هو لا تطلُقُ ولا يصيرُ الأَمْرُ بيدِها)) اهـ.

[١١٢٤٤] (قولُهُ: بقيَ الخيارُ) أي: للموكِّل.

[١١٢٤٥] (قولُهُ: ولها الأقلُّ) أي: إذا اختارَ الفسخَ، فإنْ كان المسمَّى أقلَّ من مهرِ مِثْلِها فهو لها؛ لأنَّها رَضِيَتْ به[5]، فكانت مُسقِطةً ما زادَ عنه إلى مهرِ المِثْل، وإنْ كان مهرُ المِثْلِ[6] أقلَّ فهو لها؛ لأنَّ الزِّيادة عليه لم تلزمْ إلاَّ بالتَّسمية في ضِمْنِ العَقْدِ، فإذا فسَدَ العَقْدُ فسَدَ ما في ضِمْنِهِ، ولَمَّا كان العَقْدُ هنا موقوفاً لا فاسداً أجابَ بقوله: ((لأنَّ الموقوف كالفاسدِ))، أفادَهُ "الرَّحمتيُّ".

---

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الشهود ق٧٧/ب معزياً إلى "الفتاوى".

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [١٣٧١٧] قوله: ((صحّ)).

(٤) "البحر": كتاب الطلاق ـ فصل الأمر باليد ٣٤٣/٣ بتصرف.

(٥) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((بها)).

(٦) ((وإن كان مهر المثل)) ساقط من "الأصل".

بل قيل: يُكفَرُ، وا لله أعلم.

وبه ظهَرَ أنَّ المراد بالمسمَّى ما سَمَّاه الوكيلُ لها لا ما سَمَّاهُ الموكِّل للوكيل، فإنّه لا وَجْهَ له، فافهم.

[١١٢٤٦] (قولُهُ: قيل: يُكفَرُ) لأنَّه اعتقَدَ أنَّ رسول ا لله ﷺ عالِمُ الغَيْب، قال في "التّتارخانيَّة"[1]: ((وفي "الحجَّة": ذكَرَ في "الملتقط": أنَّه لا يُكفَرُ؛ لأنَّ الأشياءَ تُعرَضُ على رُوحِ النبيِّ ﷺ، وأنَّ الرُّسُلَ يَعرِفُون بعضَ الغَيْب، قال تعالى: ﴿عَٰلِمُ ٱلۡغَيۡبِ فَلَا يُظۡهِرُ عَلَىٰ غَيۡبِهِۦٓ أَحَدًا ۝٢٦ إِلَّا مَنِ ٱرۡتَضَىٰ مِن رَّسُولٖ﴾ [الجن- ٢٦،٢٧])) اهـ.

قلت: بل ذَكَرُوا في كتبِ العقائد: أنَّ مِن جملةِ كراماتِ الأولياءِ الاطِّلاعَ على بعض المغيَّباتِ، وردُّوا على المعتزلةِ المستدلِّين بهذه الآيةِ على نَفْيها بأنَّ المرادَ الإظهارُ بلا واسطةٍ، والمرادَ مِن الرَّسُولِ المَلَكُ، أي: لا يُظهِرُ على غَيْبِهِ بلا واسطةٍ إلاَّ المَلَكَ، أمَّا النبيُّ والأولياءُ فيُظهِرُهم عليه بواسطةِ المَلَكِ أو غيرِهِ. وقد بسطنا الكلامَ على هذه المسألةِ في رسالتنا المسمَّاة "سلّ الحسامِ الهنديّ لنُصْرةِ سيِّدنا خالد النَّقشبنديّ"[2]، فراجعها فإنَّ فيها فوائدَ نَفِيْسةً، وا لله تعالى أعلم.

---

(١) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الشهادة في النكاح ٦١٠/٢.

(٢) انظر "رسائل ابن عابدين": ٣١١/٢، وعزا المسألة فيها إلى "جامع الفصولين".

﴿فصلٌ في المحرَّمات﴾

أسبابُ التَّحريم أنواعٌ: قرابةٌ، مصاهرةٌ، رَضاعٌ،........................

﴿فصلٌ في المحرَّمات﴾

شروعٌ في بيانِ شَرْطِ النِّكاح أيضاً، فإنَّ منه كونَ المرأةِ مُحلَّلةً لتصيرَ محلاً له، وأُفرِدَ بفصلٍ على حِدَةٍ لكثرةِ شُعَبِهِ، "بحر"[١].

[١١٢٤٧] (قولُهُ: قرابةٌ) كفروعِهِ ـ وهم بناتُهُ وبناتُ أولادِهِ وإنْ سَفَلْنَ ـ وأصولِهِ ـ وهم أُمَّهاتُهُ وأُمَّهاتُ أُمَّهاتِهِ وآبائِهِ وإنْ عَلَوْنَ ـ وفُرُوعِ أبويه وإنْ نَزَلْنَ ـ فتحرمُ بناتُ الإخوةِ والأخواتِ، وبناتُ أولادِ الإخوةِ والأخوات [٣/ق٢١/ب] وإنْ نَزَلْنَ ـ وفُرُوعِ أجدادِهِ وجدَّاتِهِ ببطنٍ واحدٍ، فلهذا تحرُمُ العَمَّاتُ والخالاتُ، وتَحِلُّ بناتُ العَمَّاتِ والأعمامِ والخالاتِ والأخوالِ، "فتح"[٢].

[١١٢٤٨] (قولُهُ: مُصاهَرَةٌ) كفُرُوعِ نسائِهِ المدخولِ بهنَّ وإنْ نَزَلْنَ، وأُمَّهاتِ الزَّوجاتِ وجَدَّاتِهِنَّ بعَقْدٍ صحيحٍ وإنْ عَلَوْنَ وإنْ لم يَدخُلْ بالزَّوجاتِ، وتحرُمُ موطوءاتُ آبائِهِ وأجدادِهِ وإنْ عَلَوْا ولو بزِنًا، والمعقوداتُ لهم عليهنَّ بعَقْدٍ صحيحٍ، وموطوءاتُ أبنائِهِ وأبناءِ أولادِهِ وإنْ سَفَلُوا ولو بزِنًا، والمعقوداتُ لهم عليهنَّ بعَقْدٍ صحيحٍ، "فتح"[٣]. وكذا المُقَبَّلاتُ أو الملموساتُ بشهوةٍ لأصولِهِ أو فُرُوعِهِ، أو مَن قَبَّلَ أو لَمَسَ أصولَهنَّ أو فُرُوعَهنَّ.

[١١٢٤٩] (قولُهُ: رَضاعٌ) فيَحرُمُ به ما يَحرُمُ من النَّسَبِ إلاَّ ما استُثْنِيَ كما سيأتي[٤] في بابِهِ، وهذه الثَّلاثَةُ مُحرَّمَةٌ على التَّأبيدِ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/٩٨.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٧.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [١٢٧٩٥] قوله: ((يفارق النسب الإرضاع)).

جَمْعٌ، مِلْكٌ، شِرْكٌ، إدخالُ أَمَةٍ على حُرَّةٍ، فهي سبعةٌ ذكَرَها "المصنِّف"[١] بهذا التَّرتيب،...

[١١٢٥٠] (قولُهُ: جَمْعٌ) أي: بين المحارِمِ كأُخْتين ونحوِهما، أو بين الأجنبيَّاتِ زيادةً على أربعٍ.

٢٧٦/٢ [١١٢٥١] (قولُهُ: مِلْكٌ) كنكاحِ السيِّدِ أَمَتَهُ والسيِّدةِ عبدَها، "فتح"[٢]. وعبَّرَ بدلَ المِلْكِ بالتَّنافي، أي: لأنَّ المالِكِيَّةَ تُنافي المَمْلُوكيَّةَ كما سيأتي بيانُهُ[٣]، وشمل مِلكَهُ لبعضِها أو مِلْكَها لبعضِهِ.

[١١٢٥٢] (قولُهُ: شِرْكٌ) عبارةُ "الفتح"[٤]: ((عدمُ الدِّينِ السَّماويِّ كالمجوسيَّةِ والمشركةِ)) اهـ. وتشملُ أيضاً المرتدَّةَ ونافيةَ الصَّانعِ تعالى.

[١١٢٥٣] (قولُهُ: إدخالُ أَمَةٍ على حُرَّةٍ) أدخَلَهُ "الزَّيلعيُّ" في حُرمةِ الجمع فقال[٥]: ((وحُرمةُ الجَمْعِ بين الحُرَّةِ والأَمَةِ والحُرَّةُ متقدِّمةٌ))، وهو الأنسبُ، "بحر"[٦]. أي: للضَّبطِ وتقليلِ الأقسام، وكذا فعَلَ في "الفتح"[٧]، لكنَّ الأَولى أنْ يقال: والحُرَّةُ غيرُ متأخِّرةٍ ليشملَ ما لو تَزَوَّجَهما في عَقْدٍ واحدٍ، ففي "الزَّيلعيِّ"[٨]: ((صَحَّ نكاحُ الحُرَّةِ وبطَلَ نكاحُ الأَمَةِ)).

---

(١) ذكر المصنّف الأربعة الأولى مرتّبة كما ذكرها الشارح، واختلف الترتيب في الباقي عن ترتيب الشارح، انظر "المنح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/ق ١١٤/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٨/٣.

(٣) المقولة [١١٣٨٣] قوله: ((لأن المملوكية إلخ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٨/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٢/٢ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٩٨/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٨/٣.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٢/٢.

وبقيَ التَّطليقُ ثلاثاً، وتعلُّقُ حقِّ الغيرِ بنكاحٍ أو عدَّةٍ، ذكَرَهما في الرَّجعة.

(حَرُمَ) على المتزوِّجِ ذكراً كان أو أنثى نكاحُ (أصلِهِ وفرعِهِ)...............

[١١٢٥٤] (قولُهُ: وبقيَ إلخ) زادَ في "شرحه" على "الملتقى"[1] اثنين آخرين أيضاً، حيث قال: ((قلت: وبقيَ من المحرَّمات الخنثى المشكلُ لجوازِ ذكورتِهِ، والجنِّيَّةُ وإنسانُ الماء لاختلافِ الجنس)) اهـ.

قلت: وكأنَّه استغنى هنا عن ذِكْرِهما بما قدَّمَهُ[2] أوَّلَ النِّكاح، ويُزادُ خامسٌ سيذكرُهُ في بابِهِ، وهو حرمةُ اللِّعان، وقد نظمتُ السَّبعةَ مع الخمسةِ المزيدةِ بقولي:

أنواعُ تحريمِ النِّكاحِ سَبْعُ ... قَرَابةٌ مِلْكٌ رَضاعٌ جَمْعُ

كذاكَ شِرْكٌ نِسْبَةُ[3] المصاهَرَةْ ... وأَمَةٌ عن حُرَّةٍ مُؤخَّرَةْ

وزِيْدَ خمسةٌ أَتَتْكَ بالبيانْ ... تطليقُهُ لها ثلاثاً واللِّعانْ

تعلُّقٌ بحقِّ غيرٍ مِن نكاحْ ... أو عِدَّةٍ خُنُوثةٌ بلا اتِّضاحْ [٣/ق٢٢/أ]

وآخِرُ الكلِّ اختلافُ الجِنْسِ ... كالجِنِّ والمائِي لنَوْعِ الإنسِ

[١١٢٥٥] (قولُهُ: حَرُمَ على المتزوِّجِ) أي: مُريدِ التَّزوُّجِ، وقولُهُ: ((ذَكَراً كان أو أنثى))

﴿فصلٌ في المحرَّمات﴾

(قولُهُ: زاد في "شرحه" على "الملتقى": ((اثنين)) إلخ) قد يُقالُ: لا حاجةَ لِما زادَهُ؛ لأنَّ القصْدَ بيانُ أسبابِ التَّحريمِ مع كونِ المحلِّ أهلاً للنِّكاح وهو: المحقَّقُ أُنوثتُه من بنات آدم، فلا تدخلُ حينئذٍ الخُنْثى، ولا الجِنِّيَّةُ، ولا إنسانةُ الماء حتَّى يحتاجُ إلى إخراجها بإثباتِ أسبابِ التَّحريم فيها من الخُنوثة واختلافِ الجنس.

---

(١) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب المحرمات ١/٣٢٢ (هامش "مجمع الأنهر").

(٢) المقولة [١١١٠٠] قوله: ((والمحارم)).

(٣) في "آ": ((حرمة)).

علا أو نزَلَ (وبِنْتِ أخيه وأختِهِ وبنتِها) ولو مِن زنًا (وعمَّتِهِ وخالتِهِ)............

بيانٌ لفائدةِ إرجاعِ الضَّمير إلى المتزوِّج الشَّاملِ لهما لا إلى الرَّجُل، فإنَّ ما يَحرُمُ على الرَّجُلِ يَحرُمُ على الأنثى إلاَّ ما يَختَصُّ بأحدِ الفريقين بدليله، فالمرادُ هنا أنَّ الرَّجُل كما يَحرُمُ عليه تزوُّجُ أصلِهِ أو فرعِهِ كذلك يَحرُمُ على المرأةِ تزوُّجُ أصلِها أو فرعِها، وكما يَحرُمُ عليه تزوُّجُ بنتِ أخيه يَحرُمُ عليها تزوُّجُ ابنِ أخيها وهكذا، فيُؤخَذُ في جانبِ المرأة نظيرُ ما يُؤخَذُ في جانب الرَّجُل لا عينُهُ، وهذا معنى قولِهِ في "المنح"[1]: ((كما يَحرُمُ على الرَّجُل أنْ يتزوَّجَ بمن ذُكِرَ يَحرُمُ على المرأةِ أنْ تتزوَّجَ بنظيرِ مَن ذُكِرَ)) اهـ.

فلا يقال: إنَّه يَلزَمُ أنْ يصيرَ المعنى: يَحرُمُ على المرأةِ أنْ تتزوَّجَ بِنْتَ أخيها؛ لأنَّ نظير بِنْتِ الأخِ في جانب الرَّجُلِ ابنُ الأخِ في جانب المرأة، ولا يَرِدُ أيضاً أنَّه يَلزَمُ من حُرْمةِ تزوُّجِ الرَّجُلِ بأصلِهِ كأُمِّهِ حُرْمةُ تزوُّجها بفرعِها؛ لأنَّ التَّصريح باللاَّزم غيرُ مَعِيْبٍ، فافهم.

[١١٢٥٦] (قولُهُ: عَلا أو نزَلَ) نشرٌ على ترتيبِ اللَّفِّ، وتفكيكُ الضَّمائرِ إذا ظهَرَ المرادُ يقعُ في الكلام الفصيح، فافهم.

[١١٢٥٧] (قولُهُ: وأُختِهِ) عطفٌ على ((بِنْتِ)) لا على ((أخيه)) بقرينة قولِهِ: ((وبِنْتِها))، لكنَّه[2] مجرورٌ بالنَّظر للشَّرح مرفوعٌ بالنَّظرِ للمتن، "ح"[3]؛ لأنَّ المضاف ــ وهو ((نكاحُ)) ـ الدَّاخلَ على قولِهِ: ((أصلِهِ)) من كلام "الشَّارح".

[١١٢٥٨] (قولُهُ: ولو مِن زِنًا) أي: بأنْ يزنيَ الزَّاني ببِكْرٍ ويُمسِكَها حتَّى تَلِدَ بِنْتاً، "بحر"[4] عن "الفتح"[5]. قال "الحانوتيُّ": ((ولا يُتصوَّرُ كونُها ابنتَهُ من الزِّنا إلاَّ بذلك؛ إذ لا يُعلَمُ كونُ

---

(١) "المنح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/ق ١١٤/ب.

(٢) ((لكنه)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/٩٩.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٧.

....

الولدِ منه إلاَّ به)) اهـ، أي: لأنَّه لو لم يُمسِكْها يُحتمَلُ أنَّ غيره زَنَى بها لعدمِ الفراش النَّافي لذلك الاحتمال.

قال "ح"[١]: ((قولُهُ: ولو مِن زِنا تعميمٌ بالنَّظر إلى كلِّ ما قبلَهُ، أي: لا فَرْقَ في أصلِهِ أو فرعِهِ أو أختِهِ أنْ يكون من الزِّنا أوْ لا، وكذا إذا كان له أخٌ من الزِّنا له بِنْتٌ من النِّكاح، أو من النِّكاح له بِنْتٌ من الزِّنا، وعلى قياسِهِ قولُهُ: وبِنْتِها وعمَّتِهِ وخالتِهِ، أي: أختِهِ من النِّكاح لها بِنْتٌ من الزِّنا[٢]، أو من الزِّنا لها بِنْتٌ من النِّكاح، أو من الزِّنا لها بِنْتٌ من الزِّنا، وكذا أبوه من النِّكاح له أختٌ من الزِّنا، أو من الزِّنا له أختٌ من النِّكاح، أو من الزِّنا[٣] له أختٌ من الزِّنا، وكذا أمُّهُ من النِّكاح [٣/ق٢٢/ب] لها أختٌ من الزِّنا، أو من الزِّنا لها أختٌ من النِّكاح، أو من الزِّنا لها أختٌ من الزِّنا. إذا عرفتَ هذا فكان ينبغي أن يُؤخِّرَ التَّعميمَ عن قوله: وخالتِهِ)) اهـ.

قلتُ: لكنَّ ما ذكرَهُ "الشَّارح" أحوطُ؛ لأنَّه اقتصَرَ على ما رآه منقولاً في "البحر"[٤] عن "الفتح"[٥]، حيث قال: ((ودخَلَ في البِنْتِ بِنْتُهُ من الزِّنا، فتحرُمُ عليه بصريحِ النَّصِّ؛ لأنَّها بِنْتُهُ لغةً، والخطابُ إنما هو باللُّغة العربيَّة ما لم يثبت نقلٌ كلَفْظِ الصَّلاة ونحوِهِ، فيصيرُ منقولاً شرعيّاً،

(قولُهُ: لأنَّها بنتُهُ لغةً، والخطابُ إنَّما هو باللُّغة العربيَّة ما لم يَثْبُتْ نقلٌ إلخ) ولا يقالُ: بل ثَبَتَ شرعاً حيثُ لم يثْبُتِ النَّسَبُ من الزَّاني؛ لأنَّا نقولُ: ثبوتُ النَّسَب أمرٌ فوق تسميتها بنتاً، ولم يثْبُتْ في اللُّغة العربيَّة أنَّ المخلوقةَ من مائِهِ لا تُسمَّى بنتاً، ولا وَرَدَ نقلٌ مُفيدٌ لذلك اهـ، من "السِّنْديِّ".

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/أ.

(٢) من ((وعلى قياسه)) إلى ((من الزنا)) ساقط من "الأصل".

(٣) من ((من النكاح له أخت)) إلى ((من الزنا)) ساقط من "آ".

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/٩٩.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٨.

....

وكذا أختُهُ من الزِّنا وبِنْتُ أخيه وبِنْتُ أختِهِ أو ابنِهِ منه)) اهـ. فلو أخَّرَ التَّعميمَ عن الكلِّ لكان[1] غيرَ مُصيبٍ في اتِّباعِ النَّقلِ.

على أنَّ ما ذكرَهُ في "البحر" هنا مخالفٌ لِما ذكرَهُ نفسُهُ في كتاب الرَّضاع[2]: ((من أنَّ البِنْتَ من الزِّنا لا تحرُمُ على عمِّ الزَّاني وخالِهِ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ نَسَبُها من الزَّاني حتَّى يظهرَ فيها حكمُ القرابة، وأمَّا التَّحريمُ على آباءِ الزَّاني وأولادِهِ فلاعتبارِ الجزئيَّةِ، ولا جزئيَّةَ بينها وبين العمِّ والخال)) اهـ. ومثلُهُ في "الفتح"[3] هناك عن "التَّجنيس"، وسنذكرُ[4] عبارة "التَّجنيس"[5] قريباً، فافهم.

(تنبيهٌ)

ذكَرَ في "البحر"[6]: ((أنَّه دخَلَ بِنْتُ الملاعَنةِ أيضاً، فلها حكمُ البِنْتِ هنا؛ لأنَّه بسبيلٍ من أنْ يُكذِّبَ نفسَهُ ويَدَّعيَها فيَثْبُتَ نَسَبُها منه كما في "الفتح"[7]))، قال: ((وقدَّمنا في باب المصرف عن "المعراج": أنَّ ولد أُمِّ الولدِ الذي نفاه لا يجوزُ دَفْعُ الزَّكاة إليه، ومقتضاه ثبوتُ البِنْتيَّة فيما يُبنَى على الاحتياطِ، فلا يجوزُ لولده أنْ يتزوَّجَها؛ لأنَّها أختُهُ احتياطاً، ويتوقَّفُ على نَقْلٍ، ويمكن أنْ يقال في بنتِ الملاعَنةِ: إنَّها تحرُمُ باعتبار أنَّها ربيبةٌ[8]، وقد دخَلَ بأُمِّها، لا لِما تكلَّفَهُ في "الفتح" كما لا يخفى)) انتهى، لكنَّ ثُبوتَ اللِّعان لا يتوقَّفُ على الدُّخول بأُمِّها، وحينئذٍ فلا يَلزَمُ أنْ تكون ربيبتَهُ، "نهر"[9]. /٢٧٧

---

(١) في "الأصل" و"ب" و"م": ((كان)).

(٢) "البحر": كتاب الرضاع ٣/٢٤٣ ـ ٢٤٤ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب الرضاع ٣/٣١٥.

(٤) المقولة [١١٢٧٤] قوله: ((نسباً)).

(٥) ((وسنذكر عبارة "التجنيس")) ساقط من "الأصل".

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/٩٩ باختصار.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٨.

(٨) في "آ": ((ربيبته)).

(٩) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٥/أ.

فهذه السَّبعةُ مذكورةٌ في آيةِ ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء ـ ٢٣]، ويدخلُ عمَّةُ جدِّهِ وجدَّتِهِ وخالتُهما الأشِقَّاءُ وغيرُهنَّ، وأمَّا عمَّةُ عمَّةِ أمِّهِ وخالةُ خالةِ أبيه فحلالٌ كبنْتِ عمِّهِ وعمَّتِهِ وخالِهِ وخالتِهِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء ـ ٢٤]........

[١١٢٥٩] (قولُهُ: فهذه السَّبعةُ إلخ) لكن اختُلِفَ في توجيهِ حرمةِ الجدَّاتِ وبناتِ البناتِ، فقيل بوَضْعِ اللَّفْظِ وحقيقتِهِ؛ لأنَّ الأُمَّ في اللُّغة الأصلُ والبِنْتَ الفرعُ، فيكونُ الاسمُ حينئذٍ من قَبيل المشكِّكِ، وقيل بعموم المجاز، وقيل بدلالة النصِّ، والكلُّ صحيحٌ، وتمامُهُ في "البحر"[١]. وأفادَ أنَّ حرمة البِنْتِ من الزِّنا بصريحِ النصِّ المذكور كما تقدَّمَ[٢].

[١١٢٦٠] (قولُهُ: ويَدخُلُ عمَّةُ جدِّهِ وجدَّتِهِ) أي: في قول المتن: ((وعمَّتِهِ)) كما دَخَلَتْ في قوله تعالى: ﴿وَعَمَّٰتُكُمْ﴾ [النساء ـ ٢٣]، ومثله قولُهُ: ((وخالتُهما)) كما في "الزَّيلعيِّ"[٣]، "ح"[٤].

[١١٢٦١] (قولُهُ: الأَشِقَّاءُ وغيرُهنَّ) [٣/ق٢٣/أ] لا يَختَصُّ هذا التَّعميمُ بالعمَّةِ والخالةِ، فإنَّ جميع ما تقدَّمَ سوى الأصلِ والفرعِ كذلك كما أفادَهُ الإطلاقُ، لكنَّ فائدة التَّصريح به هنا التَّنبيهُ على مخالفتِهِ لِما بعدَهُ كما تَعرِفُهُ، فافهم.

[١١٢٦٢] (قولُهُ: وأمَّا عمَّةُ عمَّةِ أُمِّهِ إلخ) قال في "النَّهر"[٥]: ((وأمَّا عمَّةُ العمَّةِ وخالةُ الخالةِ فإنْ كانت العمَّةَ القُربى لأمِّهِ لا تَحرُمُ، وإلاَّ حَرُمَتْ، وإنْ كانت الخالةَ القُربى لأبيه لا تحرُمُ، وإلاَّ حَرُمَتْ؛ لأنَّ أبا العمَّةِ حينئذٍ يكونُ زوجَ أمِّ أبيه، فعمَّتُها أختُ زوجِ الجدَّةِ أمِّ الأبِ، وأختُ زوجِ الأمِّ لا تحرُمُ، فأختُ زوجِ الجدَّة بالأَولى، وأمُّ الخالةِ القُربى تكونُ[٦] امرأةَ الجدِّ أبي الأمِّ، فأختُها أختُ امرأةِ أبي الأمِّ، وأختُ امرأةِ الجدِّ لا تحرُمُ)) اهـ.

---

(١) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/٩٩.

(٢) في المقولة السابقة.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٠٢.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٥/أ.

(٦) في "آ": ((لا تكون)) وهو خطأ.

(و) حَرُمَ بالمصاهرةِ (بنتُ زوجتِهِ الموطوءةِ.........................

والمرادُ من قوله: ((لأمِّهِ)) أن تكونَ العمَّةُ أختَ أبيه لأمٍّ احترازاً عمَّا إذا كانت أختَ أبيه لأبٍ أو لأبٍ وأمٍّ، فإنَّ عمَّةَ هذه العمَّةِ لا تَحِلُّ؛ لأنَّها تكونُ أختَ الجدِّ أبي الأبِ، والمرادُ من قوله: ((وإنْ كانت الخالةَ القُربى لأبيه)) أن تكونَ أختَ أمِّه لأبيها احترازاً عمَّا إذا كانت أختَها لأمِّها أو شقيقةً، فإنَّ خالةَ هذه الخالةِ تكونُ أختَ جدَّتِهِ أمِّ أمِّه، فلا تَحِلُّ. وكأنَّ "الشَّارح" فَهِمَ من قولِ "النَّهر": ((لأمِّهِ)) وقولِهِ: ((لأبيه)) أنَّ الضَّمير فيهما راجعٌ إلى مُريدِ النِّكاحِ ـ كما هو المتبادرُ منه ـ فقالَ ما قال، وليس كذلك لِما علمتَهُ، فكان عليه أن يقول: وأمَّا عمَّةُ العمَّةِ لأمٍّ وخالةُ الخالةِ لأبٍ، ويمكنُ تصحيحُ كلامِهِ بأنْ تُقيَّدَ العمَّةُ القُربى بكونها أختَ الجدِّ لأمِّه والخالةُ القُربى بكونها أختَ الجدَّةِ لأبيها كما أوضَحَهُ "المحشِّي"، وأمَّا على إطلاقِهِ فغيرُ صحيحٍ.

[١١٢٦٣] (قولُهُ: بنتُ زوجتِهِ الموطوءةِ) أي: سواءٌ كانت في حِجْرِهِ ـ أي: كَنَفِهِ ونفقتِهِ ـ أوْ لا، وذِكْرُ الحِجْرِ في الآيةِ خُرِّجَ مَخرَجَ العادةِ، أو ذُكِرَ للتَّشنيعِ عليهم كما في "البحر"[(١)]، واحترَزَ بالموطوءةِ عن غيرِها، فلا تحرُمُ بنتُها بمجرَّدِ العَقْدِ، وفي "ح"[(٢)] عن "الهنديَّة"[(٣)]: ((أنَّ الخلوة بالزَّوجةِ لا تقومُ مَقامَ الوطءِ في تحريمِ بنتِها)) اهـ.

قلت: لكنْ في "التَّجنيس" عن "أجناس النَّاطفيِّ": ((قال في "نوادر أبي يوسف"[(٤)]: إذا خلا بها في صومِ رمضانَ أو حالَ إحرامِهِ لم يَحِلَّ له أنْ يتزوَّجَ بنتَها، وقال "محمَّدٌ": يَحِلُّ، فإنَّ الزَّوج لم يُجعَلْ واطئاً، حتَّى كان لها نصفُ المهر)) اهـ.

وظاهرُهُ: أنَّ الخلاف في الخلوةِ الفاسدة، أمَّا الصَّحيحةُ فلا خلافَ في أنَّها تُحرِّمُ البِنْتَ، تأمَّل. [٣/ق٢٣/ب] وسيأتي[(٥)] تمامُ الكلام عليه في باب المهر عند ذِكْرِ أحكامِ الخلوة.

ويُشترَطُ وطؤُها في حالِ كونها مُشتهاةً، أمَّا لو دخَلَ بها صغيرةً لا تُشتَهَى، فطلَّقها فاعتَدَّتْ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٠ بتصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/ب.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ القسم الثاني: المحرمات بالصهرية ١/٢٧٤ بتصرف.

(٤) "النوادر": للقاضي أبي يوسف، يعقوب بن إبراهيم، صاحب أبي حنيفة رحمهما الله. ("أسماء الكتب" صـ٥٤ـ، "الجواهر المضية" ٢/٢٢٠، "الفوائد البهية" صـ٢٢٥ـ).

(٥) المقولة [١٢٠١٧] قوله: ((وحرمة البنات)).

وأمُّ زوجتِهِ) وجدَّاتُها مطلقاً بمجرَّدِ العقدِ الصَّحيح (وإنْ لم تُوطَأ) الزَّوجةُ؛ لِما تقرَّرَ أنَّ وطءَ الأمَّهاتِ يُحرِّمُ البناتِ، ونكاحَ البناتِ يُحرِّمُ الأمَّهاتِ،.................

بالأشهرِ، ثمَّ تزوَّجَتْ بغيرِهِ فجاءت ببِنْتٍ حَلَّ لواطئِ أُمِّها قبلَ الاشتهاء التَّزوُّجُ بها كما يأتي[1] متناً، وكذا يُشترَطُ فيه أنْ يكون في حالِ الوطءِ مُشتَهًى كما نذكرُهُ[2] هناك.

[١١٢٦٤] (قولُهُ: وأمُّ زوجتِهِ) خرَجَ أمُّ أَمَتِهِ، فلا تحرُمُ إلاَّ بالوطءِ أو دَواعيه؛ لأنَّ لفظ النِّساء إذا أُضيفَ إلى الأزواج كان المرادُ منه الحرائرَ كما في الظِّهار والإيلاء، "بحر"[3]. وأراد بالحرائرِ النِّساءَ المعقودَ عليهنَّ ولو أَمَةً لغيرِهِ كما أفادَهُ "الرَّحميُّ" و"أبو السُّعود"[4].

[١١٢٦٥] (قولُهُ: وجَدَّاتُها مطلقاً) أي: مِن قِبَلِ أبيها وأُمِّها وإنْ عَلَوْنَ، "بحر"[5].

[١١٢٦٦] (قولُهُ: بمجرَّدِ العَقْدِ الصَّحيحِ) يُفسِّرُهُ قوله: ((وإنْ لم تُوْطَأْ))، "ح"[6].

[١١٢٦٧] (قولُهُ: الصَّحيحِ) احترازٌ عن النِّكاح الفاسد، فإنَّه لا يُوجِبُ بمجرَّدِهِ حُرْمةَ المصاهرةِ، بل بالوطءِ أو ما يقومُ مَقامَهُ من المسِّ بشهوةٍ والنَّظرِ بشهوةٍ؛ لأنَّ الإضافةَ لا تَثبُتُ إلاَّ بالعَقْدِ الصَّحيح، "بحر"[7]، أي: الإضافةَ إلى الضَّمير في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ﴾ [النساء ـ ٢٣]، أو في قولِهِ: ((وأُمُّ زوجتِهِ)). ويوجدُ في بعض النُّسخ زيادةُ قولِهِ: ((فالفاسدُ لا يُحرِّمُ إلاَّ بمسٍّ بشهوةٍ ونحوِهِ)).

[١١٢٦٨] (قولُهُ: الزَّوجةُ) أبدلَهُ في "الدُّرر"[8] بالأمِّ، وهو سَبْقُ قلمٍ.

(قولُ "الشَّارح": لِمَا تقرَّر أنَّ وطءَ الأُمَّهات يُحرِّمُ البنات إلخ) السِّرُّ في كفاية النِّكاح في تحريم

---

(١) "در" صـ١١٧ـ١١٨ـ.

(٢) المقولة [١١٣١٦] قوله: ((فلو جامع غير مراهق)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٠.

(٤) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٢، وفيه: ((وأراد بالحرائر المملوكة بعقد النكاح)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٠.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٠.

(٨) "الدرر": كتاب النكاح ١/٣٣٠.

ويدخُلُ بناتُ الرَّبيبةِ والرَّبيبِ، وفي "الكشَّاف": ((واللَّمْسُ ونحوُهُ كالدُّخولِ عند "أبي حنيفة"))، وأقرَّهُ "المصنِّف" (وزوجةُ أصلِهِ وفرعِهِ مطلقاً)....................

[١١٢٦٩] (قولُهُ: ويَدخُلُ) أي: في قولِهِ: ((وبِنْتُ زوجتِهِ)) بناتُ الرَّبيبةِ والرَّبيبِ، وثَبَتَتْ حُرْمتُهنَّ بالإجماعِ وقولِهِ تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾ [النساء ـ ٢٣]، "بحر"[١].

[١١٢٧٠] (قولُهُ: وفي "الكشَّاف"[٢] إلخ) تَبِعَ في النَّقلِ عنه صاحبَ "البحر"[٣]، ولا يخفى أنَّ المتون طافحةٌ بأنَّ اللَّمسَ ونحوَهُ كالوطءِ في إيجابِهِ حُرْمةَ المصاهرةِ من غيرِ اختصاصٍ بموضعٍ دون موضعٍ، لكنْ لَمَّا كانت الآيةُ مُصرِّحةً بحرمةِ الرَّبائبِ بقَيْدِ الدُّخولِ وبعدمِها عند عدمِهِ كان ذلك مَظِنَّةَ أنْ يُتوهَّمَ أنَّ خصوص الدُّخول هنا لا بدَّ منه، وأنَّ تصريحَهم بأنَّ اللَّمس ونحوَهُ يُوجِبُ حُرْمةَ المصاهرةِ مخصوصٌ بما عدا الرَّبائبَ لظاهرِ الآيةِ، فَنَقْلُ التَّصريحِ عن "أبي حنيفة" بأنَّه قائمٌ مَقامَ الوطءِ هنا لدَفْعِ ذلك الوهمِ ولبيانِ أنَّه ليس من تخريجاتِ المشايخ، وكأنَّه لم يَجِدِ التَّصريحَ به هنا عن "أبي حنيفة" إلاَّ في "الكشَّافِ" فنقَلَ ذلك عنه؛ لأنَّ "الزَّمخشريَّ" من مشايخِ المذهبِ، وهو حُجَّةٌ في النَّقل، ولكونِ الموضعِ موضعَ خفاءٍ أكَّدَ ذلك بقولِهِ: ((وأَقَرَّهُ "المصنِّفُ"))، فافهم.

٢٧٨/٢

[١١٢٧١] (قولُهُ: وزَوْجةُ أصلِهِ وفرعِهِ) لقولِهِ تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾

الأُمَّهات دون تحريم البنات أنَّ تعلُّقَ الفَرْعِ بأصله أقوى من العكس، يعني: أنَّ سِرايةَ الحُرْمة من نكاح البنات إلى الأُمَّهات مبنيٌّ على شدَّة تعلُّقهنَّ، وعدمَ سِرايتها في العكس بدون وطءٍ مبنيٌّ على عدم شدَّته اهـ.)) "خادمي" عن "الواني". وذكر "السِّنْدِيُّ" عن "المُسْتصفى": ((أنَّ السِّرَّ في ذلك أنَّ الأُمَّ تُؤْثِرُ بنتَها على نفسها في العادة، فلم تحرُمِ البنتُ بالعقد على الأُمِّ بخلاف العكس، فكانت القطيعةُ في تزويج الأُمِّ بعد العقد على البنت أشدُّ اهـ)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٠.

(٢) "الكشَّاف": ٥٣/٢ سورة النساء ـ الآية (٢٣).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٠.

ولو بعيداً، دخَلَ بها أو لا[1]، وأمَّا بنتُ زوجةِ أبيه أو ابنِهِ فحلالٌ.

(و) حَرُمَ (الكلُّ) مما مَرَّ[2] تحريمُهُ نسباً ومصاهرةً (رضاعاً) إلاَّ ما استُثنِيَ في بابِهِ..

[النساء ـ ٢٢]، وقولِهِ تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء ـ ٢٣]، والحَليلةُ [٣/ق٢٤/أ] الزَّوجةُ، وأمَّا حرمةُ الموطوءَةِ بغيرِ عَقْدٍ فبدليلٍ آخرَ، وذِكْرُ الأصلابِ لإسقاطِ حَليلةِ الابنِ المتبنَّى، لا لإحلالِ حَليلةِ الابنِ رضاعاً، فإنَّها تحرُمُ كالنَّسَبِ، "بحر"[3] وغيره.

[١١٢٧٢] (قولُهُ: ولو بعيداً إلخ) بيانٌ للإطلاق، أي: ولو كان الأصلُ أو الفرعُ بعيداً كالجدِّ وإنْ علا وابنِ الابنِ وإنْ سفَلَ، وتحرُمُ زوجةُ الأصلِ والفرعِ بمجرَّدِ العَقْدِ دخَلَ بها أوْ لا.

[١١٢٧٣] (قولُهُ: وأمَّا بنْتُ زوجةِ أبيه أو ابنِهِ فحلالٌ) وكذا بنْتُ ابنِها، "بحر"[4]. قال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((ولا تحرُمُ بنْتُ زَوْجِ الأمِّ، ولا أمُّهُ، ولا أمُّ زوجةِ الأب، ولا بنْتُها، ولا أمُّ زوجةِ الابنِ، ولا بنْتُها، ولا زوجةُ الرَّبيْبِ، ولا زوجةُ الرَّابِّ)) اهـ.

[١١٢٧٤] (قولُهُ: نَسَباً) تمييزٌ عن نِسْبةِ ((تحريمُهُ[5])) للضَّميرِ المضافِ إليه، وكذا قولُهُ: ((مُصاهَرَةً))، وقولُهُ: ((رضاعاً)) تمييزٌ عن نِسْبةِ ((تحريم)) إلى الكلِّ، يَعني: يحرُمُ من الرَّضاعِ أصولُهُ وفروعُهُ، وفروعُ أبويه وفروعُهم، وكذا فروعُ أجدادِهِ وجدَّاتِهِ الصُّلبيُّون، وفروعُ زوجتِهِ وأصولُها، وفروعُ زَوْجِها وأصولُهُ، وحلائلُ أصولِهِ وفروعِهِ، وقولُهُ: ((إلاَّ ما استُثنِيَ))، أي: استثناءً منقطعاً، وهو تسعُ صورٍ تَصِلُ بالبَسْطِ إلى مائةٍ وثمانيةٍ كما سنحقِّقُهُ، "ح"[6].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: دخل بها أو لا، أي: لو عقد الأب على امرأة ولم يدخل بها، تحرم على الابن، ولو عقد الابن على امرأة ولم يدخل، تحرم على الأب، كذا في حواشي حموي من أحكام المحارم)). ق١٥٢/أ.

(٢) "در" صـ٩٥ـ وما بعدها.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠١/٣ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٠/٣.

(٥) في "م": ((تحريم)).

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/ب.

(فروعٌ) تقعُ[١] مَغْلَطَةٌ فيقال: طلَّقَ امرأتَهُ تطليقتين[٢]......................

(تنبيهٌ)

مقتضى قولِهِ: ((والكلُّ رضاعاً)) مع قولِهِ سابقاً: ((ولو مِن زِنـا)) حرمةُ فرعِ المَزْنيَّة وأصلِها رضاعاً، وفي "القهستاني"[٣] عن "شرح الطَّحاويِّ" عدمُ الحرمة، ثمَّ قال: ((لكنْ في "النَّظم" وغيرِهِ: أنَّه يحرُمُ كلٌّ من الزَّاني والمَزْنيَّةِ على أصلِ الآخرِ وفرعِهِ رضاعاً)) اهـ.

ومقتضى تقييدِهِ بالفرعِ والأصلِ أنَّه لا خلافَ في عدم الحرمةِ على غيرهما من الحواشي كالأخِ والعمِّ، وفي "التَّجنيس": ((زَنَى بامرأةٍ، فولَدَتْ فأَرْضَعَتْ بهذا اللَّبَنِ صبيَّةً لا يجوزُ لهذا الزَّاني تزوُّجُها ولا لأصولِهِ وفروعِهِ، ولعمِّ الزَّاني التَّزوُّجُ بها كما لو كانت وُلِدَتْ له من الزِّنا، والخالُ مثلُهُ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ نَسَبُها من الزَّاني حتَّى يظهرَ فيها حكمُ القرابةِ، والتَّحريمُ على أبي الزَّاني وأولادِهِ وأولادِهم[٤] لاعتبارِ الجزئيَّةِ، ولا جزئيَّةَ بينها وبين العمِّ، وإذا ثبَتَ ذلك في المتولِّدةِ مِن الزِّنا فكذا في المُرْضَعَةِ بلَبَنِ الزِّنا)) اهـ.

قلت: وهذا مخالفٌ لِما مرَّ[٥] من التَّعميم في قول "الشَّارح": ((ولو مِن زِنًا)) كما نبَّهنا[٦] عليه هناك.

٢

[١١٢٧٥] (قولُهُ: تَقَعُ مَغْلَطَةٌ) كمَفْعَلَةٍ: مَحَلُّ الغَلَط، أو بتشديدِ اللام المكسورةِ وضمِّ الميم،

(قولُهُ: مُقتضى قولِه: ((والكلُّ رضاعاً)) مع قوله سابقاً: ((ولو من زنًا حرمة فرْعِ المزنيَّة إلخ))) أخذُ ما قاله من قوله: ((ولو من زنًا)) بعيدٌ، تأمَّل.

(قولُهُ: قلت: وهذا مخالفٌ لِما مرَّ من التَّعميم إلخ) لا مخالفةَ؛ فإنَّ ما تقدَّم في تعميم "المصنِّف" بقوله: ((ولو من زنًا)) إنَّما يفيدُ الحُرْمَةَ في بنت الأخ، وبنتِ الأخت، لا في عمِّ الزَّاني وخالِه، كما هو موضوعُ "التجنيس"، وإن كانت العلَّةُ موجودةً في الشِّقَّين، تأمل.

---

(١) في "د" و "و": ((يقع)).

(٢) في "د": ((طلقتين)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٣/١.

(٤) ((وأولادهم)) ساقط من "آ".

(٥) "در" صـ٩٨ـ.

(٦) المقولة [١١٢٥٨] قوله: ((ولو من زنا)).

ولها منه لَبَنٌ، فاعتدَّتْ فنكَحَتْ صغيراً، فأرضَعَتْهُ فحَرُمَتْ عليه، فنكَحَتْ آخرَ فدخَلَ بها فأبانَها فهل تعودُ للأوَّلِ بواحدةٍ أم بثلاثٍ؟ الجوابُ: لا تعودُ إليه أبداً لصيرورتِها حليلةَ ابنِهِ رضاعاً.

شَرَى أَمَةَ أبيه لم تَحِلَّ له إنْ عَلِمَ أنَّه وَطِئَها. تزوَّجَ بِكْراً..........

أي: مسألةٌ تُغَلِّطُ مَن يُجيبُ عنها بلا تأمُّلٍ فيها.

[١١٢٧٦] (قولُهُ: ولها منه لَبَنٌ) أي: نزَلَ [٣/ق٢٤/ب] منها بسببِ ولادتِها منه.

[١١٢٧٧] (قولُهُ: فحَرُمَتْ عليه) لكونِها صارَتْ أُمَّهُ رضاعاً.

[١١٢٧٨] (قولُهُ: فدخَلَ بها) قيَّدَ به ليُمكِنَ توهُّمُ إحلالِها للأوَّلِ، والصَّغيرُ لا يمكنُ منه الدُّخول.

[١١٢٧٩] (قولُهُ: بواحدةٍ أَمْ بثلاثٍ؟) الأوَّلُ بناءً على القولِ بأنَّ الزَّوجَ الثَّانيَ لا يَهدِمُ ما دون الثَّلاثِ، والثَّاني بناءً على القولِ بأنَّه يَهدِمُهُ كما سيأتي[١] في بابِهِ.

[١١٢٨٠] (قولُهُ: لصيرورتِها حَليلةَ ابنِهِ رضاعاً) لأنَّ ثُبوتَ البُنُوَّةِ بالإرضاعِ مُقارِنٌ للزَّوجيَّةِ، فيصحُّ وصفُها بكونِها زوجةَ ابنِهِ وابنِها رضاعاً، وكذا إنْ قلنا: إنَّ ثُبوتَ البُنُوَّةِ عارِضٌ على الزَّوجيَّةِ ومُعاقِبٌ لها؛ لأنَّه لا يَلزَمُ اجتماعُ الوصفين في وقتٍ واحدٍ، ولذا تحرُمُ عليه رَبيبتُهُ المولودةُ بعد طلاقِهِ أُمَّها وزوجةُ أبيه من الرَّضاعِ المطلَّقةُ قبل ارتضاعِهِ، فافهم.

[١١٢٨١] (قولُهُ: إنْ عَلِمَ أنَّه وَطِئَها) فإنْ عَلِمَ عدمَ الوطءِ أو شَكَّ تَحِلُّ. اهـ "ح"[٢].

والمرادُ بالعِلْمِ ما يشملُ غلبةَ الظَّنِّ؛ إذ حصولُ العِلْمِ اليقينيِّ في ذلك نادرٌ، ومنه إخبارُ الأبِ بأنَّه وَطِئَها وهي في مِلْكِهِ، ففي "البحر"[٣] عن "المحيط": ((رَجُلٌ له جاريةٌ، فقال: قد وَطِئْتُها لا تَحِلُّ لابنِهِ، وإنْ كانت في غيرِ مِلْكِهِ فقال: قد وَطِئْتُها يَحِلُّ[٤] لابنِهِ أنْ يُكذِّبَهُ ويطَأَها؛ لأنَّ الظَّاهر يَشهَدُ له)) اهـ، أي: يَشهَدُ للابن.

---

(١) المقولة [١٣٧٧٧] قوله: ((وهي مسألة الهدم الآتية)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠١/٣.

(٤) في "آ": ((لا يحل))، وهو خطأ.

فوجَدَها ثيِّباً، وقالت: أبوك فَضَّني إنْ صدَّقَها بانَتْ بلا مهرٍ، وإلاَّ لا، "شمني".

(و) حَرُمَ أيضاً بالصِّهْرِيَّةِ (أَصْلُ مَزْنِيَّتِهِ) أرادَ بالزِّنا الوطءَ الحرامَ..........

والظَّاهرُ: أنَّ المراد الإخبارُ بأنَّ الوطءَ كان في غيرِ مِلْكِهِ، أمَّا لو كانَتْ في مِلْكِهِ ثمَّ باعَها، ثمَّ أخبَرَ بأنَّه وَطِئَها حين كانَتْ في مِلْكِهِ لا تَحِلُّ لابنِهِ، تأمَّل.

[١١٢٨٢] (قولُهُ: فوَجَدَها ثَيِّباً) أي: حين أرادَ جماعَها كما في "البحر"[1] و"المنح"[2] ـ وذلك بإخبارِها ـ أو بأمْرٍ غيرِ الجِماعِ، أمَّا لو جامَعَها فوجَدَها ثَيِّباً وجَبَ عليه مهرُ مثلِها لوطءِ الشُّبهةِ، والوطءُ في دار الإسلام لا يَخلو عن عَقْرٍ أو عُقْرٍ، "رحمتي".

[١١٢٨٣] (قولُهُ: وحَرُمَ أيضاً بالصِّهْرِيَّةِ أصلُ مَزْنِيَّتِهِ) قال في "البحر"[3]: ((أرادَ بحرمةِ المصاهرةِ الحرماتِ الأربعَ: حُرْمَةَ المرأةِ على أصولِ الزَّاني وفروعِهِ نَسَباً ورضاعاً، وحُرْمَةَ أصولِها وفروعِها على الزَّاني نَسَباً ورضاعاً كما في الوطءِ الحلالِ، ويَحِلُّ لأصولِ الزَّاني وفروعِهِ أصولُ المزنيِّ بها وفروعُها)) اهـ. ومثلُهُ ما قدَّمناه[4] قريباً عن "القهستانيِّ" عن "النَّظم" وغيرِهِ. ٢٧٩/٢

وقولُهُ: ((ويَحِلُّ إلخ)) أي: كما يَحِلُّ ذلك بالوطءِ الحلالِ، وتقييدُهُ بالحرماتِ الأربعِ مُخرِجٌ لِما عداها، وتقدَّمَ[5] آنفاً الكلامُ عليه.

[١١٢٨٤] (قولُهُ: أرادَ بالزِّنا الوطءَ الحرامَ) لأنَّ الزِّنا وطءُ مُكلَّفٍ في فَرْجِ مُشتهاةٍ ـ ولو ماضياً ـ خالٍ عن المِلْكِ وشُبْهتِهِ، وكذا تثبُتُ حُرْمَةُ[6] المصاهرةِ لو وَطِئَ المنكوحةَ فاسداً،

(قولُهُ: وكذا تثبتُ حُرْمَةُ المُصاهَرَةِ لو وَطِئَ المنكوحةَ فاسداً إلخ) التعبيرُ به وبقوله: ((وإنَّما قيَّدَ به))

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠١/٣ بتصرف.

(٢) "المنح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/ق ١١٥/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٨/٣.

(٤) المقولة [١١٢٧٤] قوله: ((نسباً)).

(٥) في المقولة نفسها.

(٦) ((حرمة)) ساقطة من "الأصل".

(و) أصلُ (ممسوستِهِ[1] بشهوةٍ) ولو لشَعْرٍ على الرَّأسِ..........

أو المشتراةَ فاسداً، أو الجاريةَ المشتركةَ، [٣/ق٢٥/أ] أو المكاتبةَ، أو المُظاهَرَ منها، أو الأمَةَ المجوسيَّةَ، أو زوجتَهُ الحائضَ أو النُّفساءَ، أو كان مُحرِماً أو صائماً، وإنما قيَّدَ بالزِّنا لأنَّ فيه خلافَ "الشَّافعيِّ"، وليفيدَ أنَّها لا تثبُتُ بالوطءِ بالدُّبُرِ كما يأتي خلافاً لـ"الأَوْزاعيِّ" و"أحمدَ"، قال في "الفتح"[2]: ((وبقولنا قال "مالكٌ" في روايةٍ و"أحمدُ"، وهو قولُ "عُمَرَ"، و"ابنِ مسعودٍ"، و"ابن عبَّاسٍ" في الأصحِّ، و"عِمْرانَ بنِ الحُصَين"، و"جابرٍ"، و"أُبَيٍّ"، و"عائشةَ"، وجمهورِ التَّابعين كـ"البصريِّ"، و"الشَّعبيِّ"، و"النَّخَعيِّ"، و"الأَوْزاعيِّ"، و"طاووسَ"، و"مجاهدٍ"، و"عطاءٍ"، و"ابنِ المسيّب"، و"سليمانَ بنِ يسارٍ"، و"حَمَّادٍ"، و"الثَّوريِّ"، و"ابن راهُوْيَهْ"))، وتمامُهُ مع بَسْطِ الدَّليل فيه.

[١١٢٨٥] (قولُهُ: وأصلُ مَمْسُوسَتِهِ إلخ) لأنَّ المسَّ والنَّظَر سببٌ داعٍ إلى الوطءِ، فيُقامُ مُقامَهُ في موضعِ الاحتياطِ، "هداية"[3]. واستدَلَّ لذلك في "الفتح"[4] بالأحاديثِ والآثارِ عن الصَّحابة والتَّابعين.

[١١٢٨٦] (قولُهُ: بشهوةٍ) أي: ولو مِن أحدِهما كما سيأتي[5].

[١١٢٨٧] (قولُهُ: ولو لشَعْرٍ على الرَّأسِ) خرَجَ به المسترسِلُ، وظاهرُ ما في "الخانيَّة"[6]

لا يُناسبُ إلاَّ إبقاءَ الزِّنا على حقيقته، وهذا غيرُ ما جَرَى عليه "الشَّارحُ" من حمْلِه على الوطءِ الحرامِ، وحينئذٍ فلك في حَلِّ كلام "المُصنِّف" طريقتان: ما جَرَى عليه، وإبقاءُ الزِّنا على معناه إشارةً لموضع الخلاف لا احترازاً عن الوطءِ الحرام؛ لأنَّه معلومٌ بالأَولى.

---

(١) في "و": ((ممسوسة)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٦.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٩٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣١.

(٥) المقولة [١١٣٢٧] قوله: ((وتكفي الشهوة من أحدهما)).

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب المحرمات ١/٣٦٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

بحائلٍ لا يَمنَعُ الحرارةَ (و) أصلُ (ماسَّتِهِ وناظرةٍ إلى ذَكَرِهِ والمنظورِ إلى فَرْجِها).....

ترجيحُ: ((أنَّ مَسَّ الشَّعْرِ غيرُ مُحرِّمٍ))، وجزَمَ في "المحيط" بخلافِهِ، ورجَّحَهُ في "البحر"[(١)]، وفَصَّلَ في "الخلاصة"[(٢)]، فخَصَّ التَّحريمَ بما على الرَّأسِ دون المسترسِلِ، وجزَمَ به في "الجوهرة"[(٣)]، وجعَلَهُ في "النَّهر"[(٤)] مَحْمَلَ القولين، وهو ظاهرٌ، فلذا جزَمَ به "الشَّارح".

[١١٢٨٨] (قولُهُ: بحائلٍ لا يَمْنَعُ الحرارةَ) أي: ولو بحائلٍ إلخ، فلو كان مانعاً لا تثبُتُ الحرمةُ، كذا في أكثرِ الكتب، وكذا لو جامَعَها بخرقةٍ على ذَكَرِهِ، فما في "الذَّخيرة": ((من أنَّ الإمام "ظهيرَ الدِّين" يُفتي بالحرمةِ في القُبْلةِ على الفمِ والذَّقَنِ والخدِّ والرَّأس وإنْ كان على المِقْنَعَةِ)) محمولٌ على ما إذا كانَتْ رقيقةً تَصِلُ الحرارةُ معها، "بحر"[(٥)].

[١١٢٨٩] (قولُهُ: وأَصْلُ ماسَّتِهِ) أي: بشهوةٍ، قال في "الفتح"[(٦)]: ((وثبوتُ الحرمةِ بلَمْسِها مَشْروطٌ بأنْ يُصدِّقَها ويقعَ في أكبرِ رأيِهِ صِدْقُها، وعلى هذا ينبغي أنْ يقال في مَسِّهِ إيَّاها: لا تحرُمُ على أبيه وابنِهِ إلاَّ أنْ يُصدِّقاه أو يَغلِبَ على ظَنِّهما صدقُهُ، ثُمَّ رأيتُ عن "أبي يوسف" ما يُفيدُ ذلك)) اهـ.

٢

[١١٢٩٠] (قولُهُ: وناظرةٍ) أي: بشهوةٍ.

[١١٢٩١] (قولُهُ: والمنظورِ إلى فَرْجِها) قيَّدَ بالفَرْجِ لأنَّ ظاهر "الذَّخيرةِ" وغيرِها أنَّهم اتَّفقُوا على أنَّ النَّظَرَ بشهوةٍ إلى سائرِ أعضائها لا عبرةَ به ما عدا الفَرْجَ، وحينئذٍ فإطلاقُ "الكنز"[(٧)] في محلِّ التَّقييدِ، "بحر"[(٨)].

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٧.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ فصل فيما تثبت به حرمة المصاهرة ق٧٦/أ.

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٢/٦٩.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ق١٦٦/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٧.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٠.

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٤٢.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٨.

المدوَّرِ (الدَّاخلِ ولو) نظَرَهُ (من زجاجٍ أو ماءٍ هي فيه وفروعُهنَّ) مطلقاً،.........

[١١٢٩٢] (قولُهُ: المُدوَّرِ الدَّاخلِ) اختارَهُ في "الهداية"[١]، وصحَّحَهُ في "المحيط" و"الذَّخيرة"، وفي "الخانيَّة"[٢]: ((وعليه الفتوى))، وفي "الفتح"[٣]((وهو ظاهرُ الرِّوايةِ؛ لأنَّ هذا حُكْمٌ تعلَّقَ بالفَرْجِ، والدَّاخلُ فَرْجٌ [٣/ق٢٥/ب] مِن كلِّ وجهٍ، والخارجُ فَرْجٌ مِن وَجْهٍ، والاحترازُ عن الخارجِ مُتعذِّرٌ فسقَطَ اعتبارُهُ))، ولا يتحقَّقُ ذلك إلاَّ إذا كانت مُتَّكئةً، "بحر"[٤]. فلو كانت قائمةً أو جالسةً غيرَ مُستنِدةٍ لا تَثْبُتُ الحرمةُ، "إسماعيل". وقيل: تثبُتُ بالنَّظَرِ إلى مَنابتِ الشَّعَر، وقيل: إلى الشَّقِّ، وصحَّحَهُ في "الخلاصة"[٥]، "بحر"[٦].

[١١٢٩٣] (قولُهُ: أو ماءٍ هي فيهِ) احترازاً عمَّا إذا كانت فوقَ الماء فرآهُ من الماء كما يأتي[٧].

[١١٢٩٤] (قولُهُ: وفروعُهُنَّ) بالرَّفع عطفاً على ((أَصْلُ مَزْنيَّتِهِ))، وفيه تغليبُ المؤنَّث على المذكَّر بالنِّسْبة إلى قولِهِ: ((وناظرةٍ إلى ذَكَرِهِ)).

[١١٢٩٥] (قولُهُ: مطلقاً) يَرجِعُ إلى الأصولِ والفروعِ، أي: وإنْ عَلَوْنَ وإنْ سَفَلْنَ، "ط"[٨].

(قولُهُ: إلاَّ إذا كانت مُتَّكئةً "بحر") عبارتُهُ: ((مُنكبَّةً[٩])) بالباء.

(قولُهُ: وفيه تغليبُ المؤنَّث على المُذكَّر بالنِّسبة إلى قوله: ((وناظرةٌ إلى ذكره))) فيه أنَّ المرادَ أنَّه كما حَرُم أصلُ المَذكورات حَرُم فُروعُهن، وليس فيما ذُكِرَ تغليبُ مُؤنَّثٍ على مُذكَّرٍ، وليس فيما تقدَّم مُؤنَّثٌ ومُذكَّرٌ حَرُمَ أصلُه حتَّى يدَّعي أنَّ الضَّميرَ فيه تغليبٌ.

---

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١/١٩٣.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المحرمات ١/٣٦٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٨.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث فيما تثبت به حرمة المصاهرة ق٧٥/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٧.

(٧) المقولة [١١٣٠٦] قوله: ((لأن المرئي مثاله إلخ)).

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٥.

(٩) في مخطوطة "البحر" التي بين أيدينا ((متكئة))، فليتنبه.

والعبرةُ للشَّهوةِ عند المسِّ والنَّظرِ لا بعدهما، وحَدُّها فيهما تحرُّكُ آلتِهِ أو زيادتُهُ، به يُفتَى، ....

[١١٢٩٦] (قولُهُ: والعِبْرةُ إلخ) قال في "الفتح"[1]: ((وقولُهُ: بشهوةٍ في موضعِ الحالِ، فيفيدُ اشتراطَ الشَّهوةِ حالَ المسِّ، فلو مَسَّ بغيرِ شهوةٍ ثمَّ اشتَهَى بعدَ[2] ذلك المسِّ لا تحرُمُ عليه)) اهـ.

وكذلك في النَّظَر كما في "البحر"[3]، فلو اشتَهَى بعدَما غَضَّ بصرَهُ لا تحرُمُ.

قلتُ: ويُشترَطُ وقوعُ الشَّهوةِ عليها لا على غيرِها؛ لِما في "الفيض": ((لو نظَرَ إلى فَرْجِ بِنْتِهِ بلا شهوةٍ فتمنَّى جاريةً مِثْلَها فوقَعَتْ له الشَّهوةُ على البِنْتِ ثَبَتَت الحرمةُ، وإنْ وَقَعَتْ على مَن تَمنَّاها فلا)).

[١١٢٩٧] (قولُهُ: وحَدُّها فيهما) أي: حَدُّ الشَّهوةِ في المسِّ والنَّظَرِ، "ح"[4].

[١١٢٩٨] (قولُهُ: أو زيادتُهُ) أي: زيادةُ التَّحرُّك إنْ كان موجوداً قبلَهما.

[١١٢٩٩] (قولُهُ: به يُفتَى) وقيل: حَدُّها أنْ يشتهيَ بقلبِهِ إنْ لم يكن مُشتهِياً، أو يزدادَ إنْ كان مُشتهِياً، ولا يُشترَط تحرُّكُ الآلةِ، وصحَّحَهُ في "المحيط" و"التُّحفة"[5]، وفي "غاية البيان": ((وعليه الاعتمادُ))، والمذهبُ الأوَّلُ، "بحر"[6]. قال في "الفتح"[7]: ((وفُرِّعَ عليه ما لو انتَشَرَ وطلَبَ امرأتَهُ، فأولَجَ بين فَخِذَيْ بِنْتِها خطأً لا تَحرُمُ أُمُّها ما لم يَزْدَد الانتشارُ)).

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٩.

(٢) في "آ" و"ب" و"م": ((عن)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٨.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/ب باختصار.

(٥) "تحفة الفقهاء": كتاب النكاح ٢/١٢٤.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٨.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٩.

وفي امرأةٍ ونحوِ شيخٍ كبيرٍ تحرُّكُ قلبِهِ أو زيادتُهُ، وفي "الجوهرة"[(١)]: ((لا يُشترَطُ في النَّظَرِ للفَرْجِ تحريكُ آلتِهِ))، به يُفتَى، هذا إذا لم يُنزِلْ، فلو أنزَلَ مع مسٍّ أو نظرٍ....

[١١٣٠٠] (قولُهُ: وفي امرأةٍ ونحوِ شيخٍ إلخ) قال في "الفتح"[(٢)]: ((ثمَّ هذا الحَدُّ في حقِّ الشَّابِّ، أمَّا الشَّيخُ والعِنِّينُ فحَدُّهما تحرُّكُ قلبِهِ أو زيادتُهُ إنْ كان مُتحرِّكاً لا مجرَّدُ مَيَلانِ النَّفْسِ، فإنَّه يوجدُ فيمَنْ لا شهوةَ له أصلاً كالشَّيخ الفاني))، ثمَّ قال: ((ولم يَحُدُّوا الحَدَّ المحرِّمَ منها، أي: مِن المرأةِ، وأقلُّهُ تحرُّكُ القلبِ على وَجْهٍ يُشوِّشُ الخاطرَ))، قال "ط"[(٣)]: ((ولم أرَ حُكْمَ الخنثى المشكلِ في الشَّهوةِ، ومقتضى معاملتِهِ بالأَضَرِّ أنْ يجريَ عليه حُكْمُ المرأةِ)).

[١١٣٠١] (قولُهُ: وفي "الجوهرة" إلخ) كذا في "النَّهر"[(٤)]، وعلى هذا ينبغي أنْ يكونَ مَسُّ الفَرْجِ كذلك [٣/ق٢٦/أ] بل أَولى؛ لأن تأثيرَ المسِّ فوقَ تأثيرِ النَّظَرِ بدليلِ إيجابِهِ حُرْمةَ المصاهرةِ في غيرِ الفَرْجِ إذا كان بشهوةٍ بخلافِ النَّظَرِ، "ح"[(٥)].

٢/٢٨٠ **قلت:** ويمكنُ أنْ يكون ما في "الجوهرة" مُفرَّعاً على القولِ الآخرِ في حَدِّ الشَّهوة، فلا يكونُ النَّظرُ احترازاً عن مَسِّ الفَرْجِ ولا عن مَسِّ غيرِهِ، تأمَّلْ.

(قولُهُ: ومُقتضى معاملته بالأضرِّ أن يجريَ عليه إلخ) مُقتضى معاملته بالأضرِّ أن لا يُعْطى حكمَ المرأة في جميع الأحوال بل فيما إذا تحقَّق الضَّررُ عليه بإعطائه حُكْمَها، كما إذا وُجِد تحرُّكُ قلبٍ بدون انتشارٍ، بخلاف ما لو كان مُتحرِّكَ القلب فنظر فانتشر مع بقاء التحرُّك الأصليِّ.

(قولُ "الشَّارح" هذا إذا لم يُنْزِل إلخ) أطلق في الإنزال فشَمِلَ ما لو أنزل بمُجرَّد المَسِّ أو بعده ولو بجماعٍ في زوجته الأُخرى اهـ. "سندي" عن "غاية البيان".

---

(١) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٠/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٩/٣ ـ ١٣٠.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٦/٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٦/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/ب.

فلا حرمةَ، به يُفتَى، "ابن كمالٍ" وغيره[1]. وفي "الخلاصة"[2]: ((وَطِئَ أختَ امرأتِهِ لا تحرُمُ عليه امرأتُهُ)).

(لا) تحرُمُ[3] (المنظورُ إلى فَرْجِها الدَّاخلِ)........................

[١١٣٠٢] (قولُهُ: فلا حرمةَ) لأنَّه بالإنزالِ تبيَّنَ أنَّه غيرُ مُفْضٍ إلى الوطءِ، "هداية"[4]. قال في "العناية"[5]: ((ومعنى قولِهم: إنَّه لا يُوجِبُ الحرمةَ بالإنزالِ أنَّ الحرمةَ عند ابتداءِ المسِّ بشهوةٍ كان حُكْمُها موقوفاً إلى أنْ يتبيَّنَ بالإنزالِ، فإنْ أنزَلَ لم تَثْبُتْ، وإلاَّ ثَبَتَتْ، لا أنَّها تَثْبُتُ بالمسِّ ثمَّ بالإنزالِ تسقُطُ؛ لأنَّ حُرْمةَ المصاهرةِ إذا ثَبَتَتْ لا تسقطُ أبداً)).

[١١٣٠٣] (قولُهُ: وفي "الخلاصة" إلخ) هذا محترزُ التَّقييدِ بالأصولِ والفروعِ، وقولُهُ: ((لا تَحرُمُ)) أي: لا تَثْبُتُ حرمةُ المصاهرةِ، فالمعنى: لا تحرُمُ حُرْمةً مُؤبَّدةً، وإلاَّ فتحرُمُ إلى انقضاءِ عِدَّةِ الموطوءَةِ لو بشبهةٍ، قال في "البحر"[6]: ((لو وَطِئَ أختَ امرأتِهِ بشبهةٍ تحرُمُ امرأتُهُ ما لم تَنْقَضِ عِدَّةُ ذاتِ الشُّبهةِ، وفي "الدِّراية" عن "الكامل": لو زَنَى بإحدى الأختين لا يَقْرَبُ الأخرى حتَّى تحيضَ الأخرى حيضةً، واستشكَلَهُ في "الفتح"[7]، ووجهُهُ أنَّه لا اعتبارَ لماءِ الزَّاني، ولذا لو زَنَتْ امرأةُ رَجُلٍ[8] لم تَحرُمْ عليه، وجاز له وطؤُها عَقِبَ الزِّنا)) اهـ.

[١١٣٠٤] (قولُهُ: لا تَحرُمُ المنظورُ إلى فَرْجِها إلخ) تَبِعَ في هذا التَّعبيرِ صاحبَ "الدُّرر"[9]،

---

(١) ((ابن كمال وغيره)) ساقط من "د".

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني فيمن تكون محلاً للنكاح وفيمن لا تكون ق٧٥/ب.

(٣) في "د" و "و":((يحرم)).

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٩٣/١.

(٥) "العناية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣١/٣ باختصار (هامش "فتح القدير").

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٣/٣.

(٨) في "الأصل": ((برجل)).

(٩) "الدرر": كتاب النكاح ٣٣٠/١.

إذا رآهُ (مِن مِرآةٍ أو ماءٍ) لأنَّ المرئيَّ مثالُهُ (بالانعكاسِ) لا هو..................

واعترضَهُ "الشُّرُنبلاليُّ"[١]: ((بأنَّه لا يصحُّ إلاَّ بتقديرِ مضافٍ))، أي: لا يَحرُمُ أصلُ وفرعُ المنظورِ إلى فَرْجِها[٢]؛ لِما أنَّه لا يَحرُمُ نفسُ المنظورِ إلى فَرْجِها، وأجيب بأنَّ المراد: لا تَحرُمُ على أصولِ النَّاظر وفروعِهِ، وفيه أنَّ الكلام في الحرمةِ وعدمِها بالنِّسْبةِ إلى أصولِها وفروعِها، فالأَولى إسقاطُ لفظِ ((تَحرُمُ))، وإبقاءُ المتنِ على حالِهِ، فيكونُ قولُهُ: ((لا المنظورِ)) معطوفاً على قولِهِ: ((والمنظورِ))، والمعنى: لا يَحرُمُ أصلُها وفرعُها، ويُعلَمُ منه عدمُ حُرْمتِها عليه وعلى أُصولِهِ وفروعِهِ بالأَولى، فافهم.

[١١٣٠٥] (قولُهُ: إذا رآهُ) لا حاجةَ إليه لصحَّةِ تعلُّقِ الجارِّ بقوله: ((المنظورِ))، "ط"[٣].

[١١٣٠٦] (قولُهُ: لأنَّ المرئيَّ مثالُهُ إلخ) يشيرُ إلى ما في "الفتح"[٤] من الفَرْقِ بين الرُّؤيةِ من الزُّجاجِ والمرآةِ وبين الرُّؤيةِ في الماء ومن الماء، حيث قال: ((كأنَّ العلَّةَ ـ واللهُ سبحانه أعلم ـ أنَّ المرئيَّ في المرآة مثالُهُ لا هو، وبهذا علَّلوا الحِنْثَ فيما إذا حلَفَ [٣/ق٢٦/ب] لا يَنظُرُ إلى وَجْهِ فلانٍ فنظَرَهُ في المرآةِ أو الماء، وعلى هذا فالتَّحريمُ به من وراءِ الزُّجاج بناءٌ على نُفُوذِ البصر منه فيَرَى نفسَ المرئيِّ بخلاف المرآةِ ومن الماءِ، وهذا يَنْفي كونَ الإبصارِ من المرآة والماء بواسطةِ انعكاس الأشعَّة، وإلاَّ لرآه بعينِهِ، بل بانطباعِ مثلِ الصُّورةِ فيهما بخلاف المرئيِّ في الماء؛ لأنَّ البصر ينفُذُ فيه إذا كان صافياً، فيَرَى نَفْسَ ما فيه وإنْ كان لا يراه على الوَجْهِ الذي هو عليه، ولهذا كان له الخيارُ إذا اشتَرَى سمكةً رآها في ماءٍ بحيث تُؤخَذُ منه بلا حيلةٍ)) اهـ.

(قولُهُ: ويُعلمُ منه عدمُ حُرْمتها عليه وعلى أُصُولِهِ وفُرُوعه بالأَولى) وجهُ الأولويَّة أنَّه إذا لم يَحرُم عليه أُصولُها وفُروعُها مع وجود النَّظر منه على الوجه المذكور فبالأَولى أنْ لا يَحرُمَ عليها أُصولُه وفُروعُه مع عدم وجود فعلٍ منها.

(قولُهُ: ولهذا علَّلوا الحِنْثَ إلخ) أي: وجوداً أو عَدَماً في الماء أو المرآة.

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ١/٣٣٠ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) من ((تبع)) إلى ((فرجها)) ساقط من "آ".

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٦.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣١.

(هذا إذا كانت حيَّةً مشتهاةً) ولو ماضياً (أمَّا غيرُها) يعني: الميتةَ وصغيرةً لم تُشْتَهَ (فلا) تثبُتُ الحرمةُ بها أصلاً كوطءِ دُبُرٍ مطلقاً[١]، وكما لو أفضاها..........

وبه يظهرُ فائدة قولِ "الشَّارح": ((مثالُهُ))، لكنَّه لا يناسبُ قولَ "المصنِّف" ـ تبعاً لـ "الدُّرر" ـ : ((بالانعكاسِ))، ولهذا قال في "الفتح"[٢]: ((وهذا يَنفي إلخ))، وقد يجابُ بأنَّه ليس مرادُ "المصنِّف" بالانعكاسِ البناءَ على القول بأنَّ الشُّعاعَ الخارجَ من الحَدَقَةِ الواقعَ على سَطْحِ الصَّقِيلِ كالمرآة والماء يَنعكِسُ من سَطْحِ الصَّقِيل إلى المرئيِّ حتَّى يَلزَمَ أنَّه يكونُ المرئيُّ حينئذٍ حقيقتَهُ لا مثالَهُ، وإنما أرادَ به انعكاسَ نفسِ المرئيِّ، وهو المرادُ بالمثال، فيكون مبنيّاً على القولِ الآخرِ، ويُعبِّرُون عنه بالانطباع، وهو أنَّ المقابل للصَّقيل تَنطبعُ صورتُهُ ومثالُهُ فيه لا عَيْنُهُ، ويدلُّ عليه تعبيرُ "قاضي خان"[٣] بقولِهِ: ((لأنَّه لم يَرَ فَرْجَها، وإنما رأى عكسَ فَرْجِها))، فافهم.

[١١٣٠٧] (قولُهُ: هذا) أي: جميعُ ما ذُكِرَ في مسائلِ المصاهرةِ.

[١١٣٠٨] (قولُهُ: مُشتهاةً) سيأتي[٤] تعريفُها بأنَّها بنْتُ تسعٍ فأكثَرَ.

٢

[١١٣٠٩] (قولُهُ: ولو ماضياً) كعجوزٍ شوهاءَ؛ لأنَّها دَخَلَتْ تحت الحرمةِ، فلا تخرُجُ، ولجوازِ وقوعِ الولدِ منها كما وقَعَ لزَوْجَتَيْ إبراهيمَ وزكريَّاءَ عليهما الصَّلاة والسَّلام.

[١١٣١٠] (قولُهُ: فلا تَثْبُتُ الحرمةُ بها) أي: بوَطْئِها أو لَمْسِها أو النَّظَرِ إلى فَرْجِها، وقوله: ((أصلاً)) أي: سواءٌ كان بشهوةٍ أوْ لا، وسواءٌ أنزَلَ أوْ لا.

[١١٣١١] (قولُهُ: مطلقاً) أي: سواءٌ كان بصبيٍّ أو امرأةٍ كما في "غاية البيان"، وعليه

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: كوطءِ دبر مطلقاً، قال الحموي: ذكر شمس الأئمَّة أنَّه يُفتَى بالحرمة أخذاً بقول المشايخ، انتهى، وهو لطيف حسن؛ إذ لا يكون الوطء في الدُّبر أدنى حالاً من المسِّ، وتثبت به الحرمة، فَلأنْ يثبتَ منه أولى؛ إذ هو مسٌّ وزيادة، انتهى)). ق١٥٢/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣١/٣.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المحرمات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١١٣١٦] قوله: ((فلو جامع غير مراهق إلخ)).

لعدمِ تيقُّنِ كونِهِ في الفَرْجِ ما لم تَحبَلْ منه بلا فَرْق بين زنًا ونكاحٍ.
(فلو تزوَّجَ[١] صغيرةً لا تُشتَهَى، فدخَلَ بها، فطَلَّقَها وانقَضَتْ عِدَّتُها وتزوَّجَتْ بآخرَ

الفتوى كما في "الواقعات"، "ح"[٢] عن "البحر"[٣]. وفي "الولوالجيَّة"[٤]: ((أَتى رَجُلٌ رجلاً له أنْ يتزوَّجَ ابنتَهُ؛ لأنَّ هذا الفعلَ لو كان في الإناثِ لا يُوجِبُ حرمةَ المصاهرةِ، ففي الذَّكَرِ أَولى)).

[١١٣١٢] (قولُهُ: لعدمِ تيقُّنِ كونِهِ في الفَرْجِ) علَّةٌ لعدمِ إيجابِ وطءِ المُفْضاةِ المصاهرةَ فقط، وأمَّا العلَّةُ في عدمِ إيجابِ وطءِ الدُّبُرِ المصاهرةَ فالتَّيقُّنُ بعدمِ كونِ الوطءِ في الفَرْجِ الذي هو مَحَلُّ الحَرْثِ، وإنما ترَكَها لانْفِهامِها [٣/ق٢٧/أ] بالأَولى، قال في "البحر"[٥]: ((وأُورِدَ عليهما ـ أي: على المسألتين ـ أنَّ الوطءَ فيهما وإنْ لم يكن سبباً للحرمة فالمسُّ بشهوةٍ سببٌ لها، بل الموجودُ فيهما أقوى، وأُجيبَ بأنَّ العلَّةَ هي الوطءُ السَّببُ للولدِ، وثُبوتُ الحرمةِ بالمسِّ ليس إلاَّ لكونِهِ سبباً لهذا الوطءِ، ولم يتحقَّقْ في الصُّورتين)) اهـ.

وبه عُلِمَ أنَّه لا فَرْقَ في المسألتين بين الإنزالِ وعدمِهِ، "ح"[٦].

[١١٣١٣] (قولُهُ: ما لم تَحْبَلْ[٧] منه) زاد في "الفتح"[٨]: ((وعَلِمَ كونَهُ منه))، أي: بإمساكِها عنده حتَّى تَلِدَ كما قدَّمناه[٩]، وهذا في الزِّنا لا في النِّكاح كما لا يخفى[١٠].

[١١٣١٤] (قولُهُ: بلا فَرْقٍ بين زِنًا ونكاحٍ) راجعٌ لاشتراطِ كونِها مُشتهاةً[١١] لثُبوتِ

---

(١) في "ط": ((زُوِّج)).
(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٤/ب.
(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٦.
(٤) "الولوالجية": لم نعثر عليها في مظانها بعد طول بحث.
(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٦.
(٦) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.
(٧) في "الأصل": ((تحمل)).
(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٦.
(٩) المقولة [١١٢٥٨] قوله: ((ولو من زنًا))
(١٠) في "د" زيادة: ((قوله: قال في "الفتح": وعن أبي يوسف أكرَهُ له الأمَّ والبنت، وقال محمد: التنزُّه أحبُّ إليَّ، ولكن لا أفرِّق بينه وبين أمِّها)). ق١٥٢/ب.
(١١) ((مشتهاة)) ساقطة من "الأصل".

جازَ للأوَّلِ (التزوُّجُ ببنتِها) لعدمِ الاشتهاءِ، وكذا تُشترَطُ الشَّهوةُ في الذَّكَر، فلو جامَعَ غيرُ مراهقٍ زوجةَ أبيه لم تَحرُمْ، "فتح"..........................

الحرمةِ كما في "البحر"[1] مُفرِّعاً عليه قولَهُ: ((فلو تَزَوَّجَ صغيرةً إلخ)).

[١١٣١٥] (قولُهُ: جازَ له التَّزوُّجُ[2] بِبنْتِها) أمَّا أُمُّها فحَرُمَتْ عليه بمجرَّدِ العَقْدِ، "ط"[3].

/٢٨١ [١١٣١٦] (قولُهُ: فلو جامَعَ غيرُ مراهقٍ إلخ) الذي في "الفتح"[4]: ((حتَّى لو جامَعَ ابنُ أربعِ سنين زوجةَ أبيه لا تَثبُتُ الحرمةُ))، قال في "البحر"[5]: ((وظاهرُهُ اعتبارُ السِّنِّ الآتي في حَدِّ المشتهاة، أعني: تسعَ سنين))، قال في "النَّهر"[6]: ((وأقول: التَّعليلُ بعدمِ الاشتهاءِ يُفيدُ أنَّ مَن لا يَشتهِي لا تثبُتُ الحرمةُ بجماعِهِ، ولا خفاءَ أنَّ ابن تسعٍ عارٍ مِن هذا، بل لا بدَّ أنْ يكونَ مراهقاً، ثمَّ رأيتُهُ في "الخانيَّة"[7] قال: الصَّبِيُّ الذي يُجامِعُ مثلُهُ كالبالغِ، قالوا: وهو أنْ يُجامِعَ ويَشتهِيَ وتَستحِيَ النِّساءُ مِن مثلِهِ، وهو ظاهرٌ في اعتبارِ كونِهِ مراهقاً لا ابنَ تسعٍ، ويدلُّ عليه ما في "الفتح"[8]: مسُّ المراهقِ كالبالغِ، وفي "البزَّازيَّة"[9]: المراهقُ كالبالغِ، حتَّى لو جامَعَ امرأتَهُ أو لَمَسَ بشهوةٍ تثبُتُ حرمةُ المصاهرةِ)) اهـ. ٢

وبه ظهَرَ أنَّ ما عزاه "الشَّارح" إلى "الفتح"[10] وإنْ لم يكن صريحَ كلامِهِ لكنَّه مرادُهُ،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٢) في هامش "ب": ((لعلَّ في بعض نسخ المتن:(جازَ له التَّزوُّجُ) كما يدلُّ لـه كتابة المحشِّي، ويكون قول الشَّارح: (للأوَّلِ) تفسيراً لقول المتن:(له)، فليحرَّر، قالَهُ نصر)).

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٦/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٦/٣ بتصرف.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٦/أ.

(٧) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣٦٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٩) "البزازية": كتاب النكاح ـ الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

(ولا فَرْقَ) فيما ذُكِرَ (بين اللَّمْسِ والنَّظَرِ بشهوةٍ بين عَمْدٍ ونسيان) وخطأٍ وإكراهٍ، فلو أيقظَ زوجتَهُ أو أيقظَتْهُ هي لجماعِها، فمَسَّتْ يدُهُ بنتَها المشتهاةَ أو يَدُها ابنَهُ حَرُمَت الأمُّ أبداً، "فتح"..............................

فتحصَّلَ من هذا أنَّه لا بدَّ في كلٍّ منهما من سِنِّ المراهَقَةِ، وأقلُّهُ للأنثى تسعُ سنين[1]، وللذَّكَرِ اثنا عشر؛ لأنَّ ذلك أقلُّ مدَّةٍ يمكنُ فيها البلوغُ كما صرَّحُوا به في باب بلوغ الغلام، وهذا يُوافِقُ ما مَرَّ من أنَّ العلَّة هي الوطءُ الذي يكونُ سبباً للولدِ، أو المسُّ الذي يكون سبباً[2] لهذا الوطء، ولا يخفى أنَّ غيرَ المراهق منهما لا يتأتَّى منه الولدُ.

[١١٣١٧] (قولُهُ: ولا فَرْقَ فيما ذُكِرَ) أي: من التَّحريم، وقولُهُ: ((بين اللَّمْسِ والنَّظَرِ)) صوابُهُ: في اللَّمْسِ والنَّظَرِ، وعبارةُ "الفتح"[3] : ((ولا فَرْقَ في ثبوتِ الحرمة بالمسِّ بين كونه [٣/ق٢٧/ب] عامداً أو ناسياً أو مُكرَهاً أو مُخطِئاً إلخ))، أفادَهُ "ح"[4]، قال "الرَّحمتيُّ": ((وإذا عُلِمَ ذلك في المسِّ والنَّظَرِ عُلِمَ في الجماعِ بالأَولى)).

[١١٣١٨] (قولُهُ: فلو أيقَظَ إلخ) تفريعٌ على الخطأ[5]، "ط"[6].

[١١٣١٩] (قولُهُ: أو يدُها ابنَهُ) أي: المراهقَ كما عُلِمَ مما مَرَّ[7]، وأمَّا تقييدُ "الفتح"[8] بكونِهِ ابنَهُ من غيرِها فقال في "النَّهر"[9]: ((ليُعلَمَ ما إذا كان ابنَهُ منها بالأَولى))، ولا بدَّ من التَّقييدِ بالشَّهوةِ أو ازديادِها في الموضعين.

---

(١) ((سنين)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٢) ((للولد أو المس الذي يكون سبباً)) ساقط من "آ".

(٣) من ((ولا فرق)) إلى (("الفتح")) ساقط من "آ".

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.

(٥) في "ب": ((الخطاء)).

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٧/٢.

(٧) المقولة [١١٣١٦] قوله: ((لو جامع غير مراهق إلخ)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٩/٣.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٦/ب.

(قَبَّلَ أمَّ امرأتِهِ) في أيِّ موضعٍ كان على الصَّحيح، "جوهرة"...................

[١١٣٢٠] (قولُهُ: قَبَّلَ أُمَّ امرأتِهِ إلخ) قال في "الذَّخيرة": ((وإذا قَبَّلَها أو لَمَسَها أو نَظَرَ إلى فَرْجِها، ثمَّ قال: لم يكن عن شهوةٍ ذكَرَ "الصَّدرُ الشَّهيد": أنَّه في القُبلة يُفتَى بالحرمةِ ما لم يتبيَّنْ أنَّه بلا شهوةٍ، وفي المسِّ والنَّظرِ لا، إلاَّ إنْ تبيَّنَ أنَّه بشهوةٍ؛ لأنَّ الأصل في التَّقبيلِ الشَّهوةُ بخلافِ المسِّ والنَّظَر، وفي بيوع "العيون" خلافُ هذا: إذا اشترَى جاريةً على أنَّه بالخيار، وقَبَّلَها أو نظَرَ إلى فَرْجِها، ثمَّ قال: لم يكن عن شهوةٍ وأرادَ رَدَّها صُدِّقَ، ولو كانت مُباشِرَةً لم يُصدَّقْ. ومنهم مَن فصَّلَ في القُبلة فقال: إنْ كانت على الفمِ يُفتَى بالحرمةِ، ولا يُصدَّقُ أنَّه بلا شهوةٍ، وإنْ كانت على الرَّأسِ أو الذَّقَنِ أو الخدِّ فلا، إلاَّ إذا تبيَّنَ أنَّه بشهوةٍ، وكان الإمامُ "ظهيرُ الدِّين" يُفتي بالحرمةِ في القُبلة مطلقاً ويقول: لا يُصدَّقُ في أنَّه لم يكن بشهوةٍ، وظاهرُ إطلاقِ بيوع "العيون" يدلُّ على أنَّه يُصدَّقُ في القُبلةِ على الفمِ أو غيرِهِ، وفي "البقَّاليِّ": إذا أنكَرَ الشَّهوةَ في المسِّ يُصدَّقُ، إلاَّ أنْ يقومَ إليها مُنتشِراً فيُعانِقَها، وكذا قال في "المجرَّدِ"، وانتشارُهُ دليلُ شهوتِهِ)) اهـ. ٢

[١١٣٢١] (قولُهُ: على الصَّحيحِ، "جوهرة") الذي في "الجوهرة" لـ "الحدَّاديِّ"[(١)] خلافُ هذا، فإنَّه قال: ((لو مَسَّ أو قَبَّلَ وقال: لم أَشْتَهِ صُدِّقَ، إلاَّ إذا كان المسُّ على الفَرْجِ والتَّقبيلُ في الفمِ)) اهـ.

وهذا هو الموافقُ لِما سينقلُهُ "الشَّارح"[(٢)] عن "الحدَّاديِّ"، ولِما نقَلَهُ عنه في "البحر"[(٣)] قائلاً: ((ورجَّحَهُ في "فتح القدير"[(٤)]، وألحَقَ الخدَّ بالفمِ)) اهـ.

وقال في "الفيض": ((ولو قامَ إليها وعانَقَها مُنتشِراً، أو قَبَّلَها وقال: لم يكن عن شهوةٍ

---

(١) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٦٩/٢.

(٢) "در" صـ١٢٦ـ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٧/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(حَرُمَتْ) عليه (امرأتُهُ ما لم يَظهَرْ عدمُ الشَّهوةِ)..............................

لا يُصدَّقُ، ولو قبَّلَ ولم تَنتشِرْ آلتُهُ وقال: كان عن غيرِ شهوةٍ يُصدَّقُ، وقيل: لا يُصدَّقُ لو قبَّلَها على الفمِ، وبه يُفتَى)) اهـ.

فهذا ــ كما ترى ــ صريحٌ في ترجيحِ التَّفصيل، وأمَّا تصحيحُ الإطلاقِ الذي ذكرَهُ "الشَّارح" فلم أرَهُ لغيره، نعم قال [٣/ق٢٨/أ] "القهستانيُّ"[١]: ((وفي القُبلةِ يُفتَى بها ــ أي: بالحرمةِ ــ ما لم يتبيَّنْ أنَّه بلا شهوةٍ، ويَستوِي أنْ يُقبِّلَ الفمَ أو الذَّقَنَ أو الخدَّ أو الرَّأسَ، وقيل: إنْ قبَّلَ الفمَ يُفتَى بها وإن ادَّعَى أنَّه بلا شهوةٍ، وإنْ قبَّلَ غيرَهُ لا يُفتَى بها إلاَّ إذا ثَبَتَت الشَّهوةُ)) اهـ. وظاهرُهُ ترجيحُ الإطلاقِ في التَّقبيل، لكنْ علمتَ التَّصريحَ بترجيحِ التَّفصيل، تأمَّل.

[١١٣٢٢] (قولُهُ: حَرُمَتْ عليه امرأتُهُ إلخ) أي: يُفتَى بالحرمةِ إذا سُئِلَ عنها، ولا يُصدَّقُ إذا ادَّعَى عدمَ الشَّهوةِ إلاَّ إذا ظهَرَ عدمُها بقرينةِ الحال، وهذا موافقٌ لِما تقدَّمَ[٢] عن "القهستانيِّ" و"الشَّهيدِ"، ومخالفٌ لِما نقلناه عن "الجوهرة"، ورجَّحَهُ في "الفتح"[٣]، وعلى هذا فكان الأَولى أنْ يقول: لا تحرُمُ ما لم تُعْلَم الشَّهوةُ، أي: بأنْ قبَّلَها مُنتشِراً أو على الفمِ، فيُوافِقُ ما نقلناه عن "الفيض"، ولِما سيأتي[٤] أيضاً، وحينئذٍ فلا فَرْقَ بين التَّقبيلِ والمسِّ.

(قولُهُ: وأمَّا تصحيحُ الإطلاقِ الذي ذكره "الشَّارحُ" فلم أرَهُ لغيره إلخ) أي: مع التَّصريح بالإطلاق، وإلا فعبارةُ "الصَّدر" تُصحِّحُ ما جَرَى عليه "المصنِّف" من الإطلاق فلذا صرَّح به "الشَّارحُ"، نعم الأصوبُ أن يقولَ: خلافاً لـ"الجوهرة"، أو يُبْدِلَها بـ"القُهستانيِّ".

(قولُهُ: وعلى هذا فكان الأَولى أن يقول: لا تَحرمُ إلخ) لا أولويَّة؛ حيثُ كان ما جَرَى عليه موافقاً لتصحيح "القُهستانيِّ" وظاهرِ إطلاق "الصَّدر".

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/٢٧٣.

(٢) ما تقدَّم عن الشهيد في المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبَّل أمَّ امرأته إلخ))، وما تقدَّم عن "القهستاني" في المقولة [١١٣٢١] قوله: ((على الصحيح "جوهرة")).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٠.

(٤) المقولة [١١٣٤١] قوله: ((وفي "الفتح" إلخ)).

ولو على الفمِ كما فَهِمَهُ في "الذَّخيرة" (وفي المسِّ لا) تحرُمُ (ما لم تُعلَمِ الشَّهوةُ) لأنَّ الأصلَ في التَّقبيلِ الشَّهوةُ بخلافِ المسِّ.

(والمعانقةُ كالتَّقبيلِ) وكذا القَرْصُ والعَضُّ بشهوةٍ ولو لأجنبيَّةٍ،............

[١١٣٢٣] (قولُهُ: ولو على الفمِ) مبالغةٌ على المنفيِّ لا على النَّفْي، والمعنى: حَرُمَت امرأتُهُ إذا لم يَظهَرْ عدمُ الاشتهاءِ، وهو صادقٌ بظُهُورِ الشَّهوة بالشَّكِّ فيها، أمَّا إذا ظهَرَ عدمُ الشَّهوةِ فلا تحرُمُ ولو كانت القُبلةُ على الفمِ. اهـ "ح"(١).

[١١٣٢٤] (قولُهُ: كما فَهِمَهُ في "الذَّخيرة") أي: فَهِمَهُ من عبارةِ "العيون" حيث قال: ((وظاهرُ ما أطلَقَ في بيوع "العيون")) إلى آخرِ ما مرَّ(٢)، وأنت خبيرٌ بأنَّ كلام "المصنِّف" مبنيٌّ على أنَّ الأصل في القُبلة الشَّهوةُ، وأنَّه لا يُصدَّقُ في دعوى عدمِها، وهذا خلافُ ما في "العيون"، تأمَّل.

[١١٣٢٥] (قولُهُ: وكذا القَرْصُ والعَضُّ بشهوةٍ) ينبغي تركُ قولِهِ: ((بشهوةٍ)) كما فعَلَ "المصنِّف" في المعانقةِ؛ لأنَّ المقصود تشبيهُ هذه الأمورِ بالتَّقبيل في التَّفصيلِ المتقدِّمِ، فلا معنى للتَّقييد. اهـ "ح"(٣).

٢٨٢/٢ [١١٣٢٦] (قولُهُ: ولو لأجنبيَّةٍ) أي: لا فَرْقَ بين أنْ تكونَ زوجةً أو أجنبيَّةً، أمَّا الأجنبيَّةُ فصورتُها ظاهرةٌ، وأمَّا الزَّوجةُ فكما إذا تزوَّجَ امرأةً فقرَصَها أو عَضَّها أو قَبَّلَها أو عانَقَها، ثمَّ طلَّقَها قبل الدُّخولِ حَرُمَتْ عليه بِنتُها.

(قولُهُ: ينبغي ترْكُ قوله: ((بشَهْوةٍ))، كما فعل "المُصنِّفُ" في المُعانَقة إلخ) لَمَّا كان القَرْصُ والعَضُّ قد يُقْصَدُ بهما الإيلامُ، ولم يكن الأصلُ فيهما الشَّهوةُ بخلاف المُعانَقة قيَّدَ بالشَّهوة فيهما، ولو أُطلق التَّشبيهَ لتَوَهَّم أنَّ حُكْمَهما حُكْمُ التَّقبيل من ثُبوت الحُرْمة ما لم يظهر عدمُ الشَّهوة فالقَصدُ تشبيهُهُما به في ثُبوت الحُرْمة إذا حَصَلا بشهوةٍ.

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.

(٢) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبّل أمَّ امرأته إلخ))

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.

وتكفي الشَّهوةُ من أحدِهما، ومراهقٌ ومجنونٌ وسكرانُ كبالغٍ، "بزازيَّة". وفي "القنية": ((قبَّلَ السَّكرانُ بنتَهُ تحرُمُ الأمُّ[1])).......................

واعلمْ أنَّ هذا التَّعميمَ لا يَخُصُّ ما نحن فيه، فإنَّ جميع ما قبلَهُ كذلك، "ح"[2]. وخَصَّ البِنْتَ لأنَّ الأُمَّ تحرُمُ بمجرَّدِ العَقْدِ.

[١١٣٢٧] (قولُهُ: وتكفي الشَّهوةُ من أحدِهما) هذا إنما يظهرُ في المسِّ، أمَّا في النَّظَر فتُعتبَرُ الشَّهوةُ من النَّاظرِ، سواءٌ وُجدَتْ من الآخرِ أم لا. اهـ "ط"[3].

وهكذا بحَثَ "الخيرُ الرَّمليُّ" أخذاً مِن ذِكْرِهم ذلك [٣/ق٢٨/ب] في بحث المسِّ فقط، قال: ((والفرقُ اشتراكُهما في لذَّةِ المسِّ كالمشتركَيْنِ في لذَّةِ الجماعِ بخلاف النَّظَر)).

[١١٣٢٨] (قولُهُ: كبالغٍ) أي: في ثُبوتِ حُرْمةِ المصاهرةِ بالوطءِ أو المسِّ أو النَّظرِ، ولو تَمَّمَ المقابلاتِ ـ بأنْ قال: كبالغٍ عاقلٍ صاحٍ ـ لكان أَولى، "ط"[4]. وفي "الفتح"[5]: ((لو مَسَّ المراهقُ وأَقَرَّ أنَّه بشهوةٍ تَثْبُتُ الحرمةُ عليه)).

[١١٣٢٩] (قولُهُ: "بزَّازيَّة"[6]) لم أرَ فيها إلاَّ المراهقَ دون المجنونِ والسَّكرانِ، نَعَمْ رأيتُهما في "حاوي الزَّاهديِّ".

[١١٣٣٠] (قولُهُ: تحرُمُ الأمُّ) كذا يوجدُ في بعض النُّسخ، وفي عامَّتِها بدون ((الأمُّ))، فهو من بابِ الحذفِ والإيصالِ كما قال "ح"[7]، وعبارة "القنية"[8] هكذا: ((قبَّلَ المجنونُ

---

(١) ((الأم)) ساقطة من "و".

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٧.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٧.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٠.

(٦) "البزازية": كتاب النكاح ـ الثاني والثالث في محلِّ النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ٤/١١٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.

(٨) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في حرمة المصاهرة ق٣٤/ب.

وبحرمةِ المصاهرةِ لا يرتفعُ النِّكاحُ، حتّى لا يحلُّ لها التَّزوُّجُ بآخرَ إلاَّ بعدَ المتاركةِ وانقضاءِ العدَّة، والوطءُ بها لا يكون زنًا))،..........................

أُمَّ امرأتِهِ بشهوةٍ أو السَّكرانُ بِنْتَهُ تحرُمُ)) اهـ، أي: تحرُمُ امرأتُهُ.

[١١٣٣١] (قولُهُ: وبحرمةِ المصاهرةِ إلخ) قال في "الذَّخيرة": ((ذكَرَ "محمَّدٌ" في نكاحِ "الأصل"(١): أنَّ النِّكاح لا يرتفعُ بحرمةِ المصاهرةِ والرَّضاعِ، بل يَفسُدُ، حتّى لو وَطِئَها الزَّوجُ قبل التَّفريقِ لا يجبُ عليه الحدُّ اشتبَهَ عليه أو لم يَشتبهْ عليه)) اهـ.

[١١٣٣٢] (قولُهُ: إلاَّ بعدَ المتاركةِ) أي: وإنْ مَضَى عليها سنون كما في "البزَّازيَّة"(٢)، وعبارة "الحاوي": ((إلاَّ بعدَ تفريقِ القاضي أو بعد المتاركةِ)) اهـ.

وقد علمتَ أنَّ النِّكاح لا يرتفعُ بل يَفسُدُ، وقد صرَّحُوا في النِّكاحِ الفاسدِ بأنَّ المتاركةَ لا تتحقَّقُ إلاَّ بالقولِ إنْ كانت مَدخُولاً بها كـ: تركتُكِ أو خَلَّيْتُ سبيلَكِ، وأمَّا غيرُ المدخول بها فقيل: تكونُ بالقول وبالتَّرك على قَصْدِ عدمِ العَوْدِ إليها، وقيل: لا تكونُ إلاَّ بالقولِ فيهما، حتَّى لو ترَكَها ومَضَى على عِدَّتِها سنون لم يكن لها أنْ تتزوَّجَ بآخرَ، فافهم.

[١١٣٣٣] (قولُهُ: والوطءُ بها إلخ) أي: الوطءُ الكائنُ في هذه الحرمةِ قبل التَّفريقِ والمتاركةِ ((لا يكونُ زنًا))، قال في "الحاوي": ((والوطءُ فيها لا يكونُ زِنًا؛ لأنَّه مُختلَفٌ فيه، وعليه مهرُ المِثْل بوَطْئِها بعد الحرمةِ، ولا حَدَّ عليه، ويثبُتُ النَّسَبُ)) اهـ.

(قولُهُ: والوطءُ فيها لا يكون زناً؛ لأنَّه مُختلَفٌ فيه) من هذا يُعلمُ تقييدُ المسألة بما إذا كانت حُرْمةُ المُصاهَرَة مختلفاً فيها؛ بأن كان الوطءُ زناً بدون شُبْهةٍ، والرَّضاعُ أقلَّ من خمس رَضَعاتٍ مُشبِعاتٍ. وبما ذَكَرَ تكونُ المسألةُ ظاهرةَ الوجه.

---

(١) لم نعثر عليها في القسم المطبوع الذي بين أيدينا.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٣/٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

وفي "الخانيَّة": ((أنَّ النَّظر إلى فَرْجِ[1] ابنتِهِ بشهوةٍ يُوجِبُ حرمةَ امرأتِهِ، وكذا لو فَزِعَتْ فدخَلَتْ فراشَ أبيها عُرْيانةً، فانتشَرَ لها أبوها تحرُمُ عليه أمُّها)).

(وبِنْتٌ) سِنُّها (دون تسعٍ[2] ليست بمشتهاةٍ) به يُفتَى (وإنِ ادَّعَتِ الشَّهوةَ) في تقبيلِهِ أو تقبيلِها ابنَهُ (وأنكرَها الرَّجُلُ...

[١١٣٣٤] (قولُهُ: وفي "الخانيَّةِ"[3] إلخ) مُستغنًى عنه بما تقدَّمَ، "ح"[4].

[١١٣٣٥] (قولُهُ: فدَخَلَتْ فراشَ أبيها) كَنَّى به عن المسِّ، وإلاَّ فمجرَّدُ الدُّخولِ بغيرِ مسٍّ لا يُعتبَرُ، "ط"[5].

[١١٣٣٦] (قولُهُ: ليست بمُشتهاةٍ، به يُفتَى) كذا في "البحر"[6] عن "الخانيَّة"[7]، ثمَّ قال: ((فأفاد أنَّه لا فَرْقَ بين أن تكونَ سمينةً أوْ لا، ولذا قال في "المعراج": بنْتُ خمسٍ لا تكونُ مُشتهاةً اتِّفاقاً، وبِنْتُ تسعٍ فصاعداً مُشتهاةٌ اتِّفاقاً، وفيما بين الخمسِ والتِّسعِ اختلافُ الرِّوايةِ والمشايخِ، والأصحُّ [٣/ق٢٩/أ] أنها لا تثبُتُ الحرمةُ)) اهـ.

[١١٣٣٧] (قولُهُ: وإن ادَّعَت الشَّهوةَ في تقبيلِهِ) أي: ادَّعَت الزَّوجةُ أنَّه قَبَّلَ أحدَ أصولِها أو فروعِها بشهوةٍ، أو أنَّ أحد أصولِها أو فروعِها قَبَّلَهُ بشهوةٍ، فهو مصدرٌ مضافٌ إلى فاعلِهِ

---

(١) في "د" و "و": ((لفرج)).

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: وبنت دون تسع إلخ، اعلم أنَّ بنت تسع أو أكثر تكون مشتهاة، وقد لا تكون مشتهاة، وهذا يختلف بعِظَم الجثة وصِغَرها، أمَّا قبل أن تبلغ تسع سنين فالفتوى على أنَّها ليست بمشتهاة. وفي شرح الكنز: قال أبو بكر محمد ابن الفضل: بنت تسع مشتهاة من غير تفصيلٍ، وبنتُ ثمان أو سبع أو ست إن كانت عَبْلة ضخمة كانت مشتهاة، وإلا فلا. ولو كبرت المرأة حتى خرجت عن حدِّ الاشتهاء توجب الحرمة؛ لأنَّها دخلت تحت حكم الاشتهاء، فلا تخرج عنه بالكِبَر، ولا كذلك الصغيرة، انتهى. كذا ذكره الشُّمُنِّيُّ في شرح "النقاية" نقلاً عن شرح "الوقاية")). ق١٥٢/ب.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المحرمات ١/٣٦٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٦.

(٧) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المحرمات ١/٣٦٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

فهو مُصدَّقٌ) لا هي (إلاَّ أنْ يقومَ إليها مُنتشِراً آلَتُهُ (فيُعانِقَها) لقرينةِ كذبِهِ (أو يأخذَ ثديَها أو يركبَ معها) أو يَمَسَّها على الفَرْجِ، أو يُقبِّلَها على الفمِ، قاله "الحدَّاديُّ"، وفي "الفتح": ((يَتَراءى إلحاقُ الخدَّين بالفم))، وفي "الخلاصة"[(١)]: ((قيل له: ما فَعَلْتَ بأمِّ امرأتِكَ؟ فقال: جامعتُها تثبُتُ الحرمةُ،........................

أو مفعولِهِ، وكذا قولُهُ: ((أو تَقْبيلِها ابنَهُ))، فإنْ كانت إضافتُهُ إلى المفعولِ فـ((ابنُهُ)) فاعلٌ، والأنسبُ لنَظْمِ الكلامِ إضافةُ الأوَّلِ لفاعلِهِ والثاني لمفعولِهِ؛ ليكونَ فاعلُ ((يقومُ)) الرَّجُلَ أو ابنَهُ كما أفادَهُ "ح"[(٢)].

[١١٣٣٨] (قولُهُ: فهو مُصدَّقٌ) لأنَّه يُنكِرُ ثُبوتَ الحرمةِ، والقولُ للمنكِرِ، وهذا ذكرَهُ في "الذَّخيرة" في المسِّ لا في التَّقبيلِ كما فعَلَ "الشَّارح"، فإنَّه مخالفٌ لِما مَشَى عليه "المصنِّف" أوَّلاً: ((من أنَّه في التَّقبيلِ يُفتَى بالحرمةِ ما لم يَظهَرْ عدمُ الشَّهوة))، وقدَّمنا[(٣)] عن "الذَّخيرة" نَقْلَ الخلافِ في ذلك، فما هنا مبنيٌّ على ما في بيوع "العيون".

[١١٣٣٩] (قولُهُ: آلَتُهُ) بالرَّفع فاعلُ ((مُنتشِراً))، "ط"[(٤)].

[١١٣٤٠] (قولُهُ: أو يَرْكَبَ معها) أي: على دابَّةٍ بخلافِ ما إذا رَكِبَتْ على ظَهْرِهِ وعبرَ الماءَ، حيث يُصدَّقُ في أنَّه لا عن شهوةٍ، "بزَّازيَّة"[(٥)].

[١١٣٤١] (قولُهُ: وفي "الفتح"[(٦)] إلخ) قال فيه: ((والحاصلُ: أنَّه إذا أقَرَّ بالنَّظَرِ وأنكرَ الشَّهوةَ صُدِّقَ بلا خلافٍ، وفي المباشرةِ لا يُصدَّقُ بلا خلافٍ فيما أعلمُ، وفي التَّقبيلِ اختُلِفَ فيه،

---

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث فيما تثبت به حرمة المصاهرة وفيما لا تثبت ق٧٦/أ بتصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/أ.

(٣) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قَبَّل أمَّ امرأته إلخ)).

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/٢٠.

(٥) "البزازية": كتاب النكاح ـ الثاني والثالث في محل النكاح وما يثبت به حرمة المصاهرة ١١٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

ولا يُصدَّقُ أنَّه كذَبَ ولو هازلاً)).

(وتُقبَلُ الشَّهادةُ على الإقرارِ باللَّمسِ والتَّقبيلِ عن شهوةٍ، وكذا) تُقبَلُ (على نفسِ اللَّمسِ والتَّقبيلِ) والنَّظرِ إلى ذَكَرِهِ أو فرجِها (عن شهوةٍ في المختارِ) "تجنيس"؛ لأنَّ الشَّهوة مما يُوقَفُ عليها في الجملةِ بانتشارٍ أو آثارٍ..........

قيل: لا يُصدَّقُ؛ لأنَّه لا يكونُ إلاَّ عن شهوةٍ غالباً، فلا يُقبَلُ إلاَّ أنْ يظهَرَ خلافُهُ بالانتشار ونحوه، وقيل: يُقبَلُ، وقيل بالتَّفصيلِ بين كونِهِ على الرَّأسِ والجبهةِ والخدِّ فيُصدَّقُ، أو على الفمِ فلا، والأرجحُ هذا، إلاَّ أنَّ الخدَّ يتراءى إلحاقُهُ بالفمِ)) اهـ.

وقولُهُ: ((إلاَّ أنْ يظهَرَ إلخ)) حقُّهُ أنْ يُذكَرَ بعد قولِهِ: ((وقيل: يُقبَلُ)) كما لا يخفى. ولم يَذكُرِ المسَّ، وقدَّمنا[1] عن "الذَّخيرة": ((أنَّ الأصل فيه عدمُ الشَّهوةِ مثلَ النَّظر، فيُصدَّقُ إذا أنكرَ الشَّهوةَ، إلاَّ أنْ يقومَ إليها مُنتشِراً))، أي: لأنَّ الانتشار دليلُ الشَّهوة، وكذا إذا كان المسُّ على الفَرْجِ كما مرَّ[2] عن "الحدَّاديِّ"؛ لأنَّه دليلُ الشَّهوةِ غالباً، وما ذكرَهُ في "الفتح"[3] بحثاً من إلحاقِ تقبيلِ الخدِّ بالفمِ ـ أي: بخلافِ الرَّأسِ والجبهة ـ غيرُ ما تقدَّمَ[4] في كلامِ "الذَّخيرة" عن الإمام "ظهير الدِّين"، فإنَّ ذاك لم يُفصِّل، فافهم.

[١١٣٤٢] (قولُهُ: ولا يُصدَّقُ أنَّه كذَبَ إلخ) أي: عند القاضي، أمَّا بينه وبين الله تعالى إنْ كان كاذباً فيما أَقَرَّ لم تَثبُت الحرمةُ، وكذا إذا أَقَرَّ بجماعِ أُمِّها [٣/ق٢٩/ب] قَبْلَ التَّزوُّج لا يُصدَّقُ في حقِّها، فيجبُ كمالُ المسمَّى لو بعدَ الدُّخول، ونصفُهُ لو قبلَهُ، "بحر"[5].

٢٨٣/٢ [١١٣٤٣] (قولُهُ: "تجنيس") كذا عزاه إليه في "البحر"[6]، وكذا رأيتُهُ فيه أيضاً، ونصّ عبارتِهِ:

---

(١) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبّل أمّ امرأته إلخ)).

(٢) "در" صـ١٢٦ـ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣٠/٣.

(٤) المقولة [١١٣٢٠] قوله: ((قبّل أمّ امرأته إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٩/٣.

(و) حَرُمَ (الجمعُ) بين المحارمِ (نكاحاً) أي: عقداً صحيحاً.......................

((المختارُ: أنّه تُقبَلُ، إليه أشارَ "محمَّدٌ" في "الجامع"[1]، وإليه ذهَبَ فخرُ الإسلام "عليٌّ البَزْدويُّ"؛ لأنَّ الشَّهوة مما يُوقَفُ عليه بتحرُّكِ العضوِ ممن يتحرَّكُ عضوُهُ، أو بآثارٍ أُخَرَ ممن لا يتحرَّكُ عضوُهُ)) اهـ. فما ذكرَهُ من التَّعليل من كلامِ "التَّجنيس" أيضاً.

وبه ظهَرَ أنَّ ما في "النَّهر"[2] ـ مِن عَزْوِهِ إلى "التَّجنيس": ((أنَّ المختار عدمُ القَبُولِ)) ـ سبقُ قَلَمٍ.

[١١٣٤٤] (قولُهُ: بينَ المحارِمِ) الأَولى حذفُهُ؛ لأنَّ قول "المصنِّف": ((بينَ امرأتين)) يُغني عنه، ولئلاَّ يُتوهَّمَ اختصاصُ الثَّاني بالجَمْعِ وطئاً بِمِلْكِ يمينٍ، ولا يصحُّ إعرابُهُ بدلاً منه بدلَ مُفصَّلٍ مِن مُجمَلٍ؛ لأنَّ "الشَّارح" ذكَرَ له عاملاً يَخُصُّهُ، وهو قولُهُ: ((وحَرُمَ الجمعُ))، فافهم.

وأرادَ بالمحارمِ ما يشملُ النَّسَبَ والرَّضاعَ، فلو كان له زوجتان رضيعتان أرضَعَتْهما أجنبيَّةٌ فسَدَ نكاحُهما كما في "البحر"[3].

[١١٣٤٥] (قولُهُ: أي: عَقْداً صحيحاً) الأنسبُ حذفُ قوله: ((صحيحاً)) كما فعَلَ في "البحر"[4] و"النَّهر"[5]، ولذا قال "ح"[6]: ((لا ثمرةَ لهذا القيدِ[7] فيما إذا تزوَّجَهما في عَقْدٍ واحدٍ ـ فإنَّه لا يكونُ صحيحاً قطعاً ـ ولا فيما إذا تَزَوَّجَهما على التَّعاقُب وكان نكاحُ الأُولى صحيحاً،

(قولُهُ: لا يكونُ صحيحاً قطعاً إلخ) أي: والحُرْمةُ ثابتةٌ في هذه الصُّورة كالَّتي بعدها.

---

(١) "الجامع الكبير": كتاب النكاح ـ باب نكاح ما يقام عليه البينة من المرأة والزوج الذي يفرق بين المرأة وزوجها صـ٩٥ـ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٦/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٥/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/ب.

(٧) في "الأصل": ((في القيد)).

(وعَدَّةً ولو من طلاقٍ بائنٍ، و) حَرُمَ الجمعُ (وطئاً.........

فإنَّ نكاح الثَّانيةِ ـ والحالةُ هذه ـ باطلٌ قطعاً، نعم له ثمرةٌ فيما إذا تزوَّجَ الأُولى فاسداً، فإنَّ له حينئذٍ أن يَعْقِدَ على الثَّانية، ويصدُقُ عليه أنَّه جَمَعَ بينهما نكاحاً، ونكاحُ الأُولى ـ وإنْ كان فاسداً ـ يُسمَّى نكاحاً كما شاعَ في عباراتهم)) اهـ.

[١١٣٤٦] (قولُهُ: وعِدَّةً) معطوفٌ على ((نكاحاً)) منصوبٌ مثلَهُ على التَّمييز.

[١١٣٤٧] (قولُهُ: ولو مِن طلاقٍ بائنٍ) شَمِلَ العِدَّةَ من الرَّجعيِّ، أو من إعتاقِ أمِّ ولدٍ خلافاً لهما، أو مِن تفريقٍ بعد نكاحٍ فاسدٍ. وأشار إلى أنَّ مَن طلَّقَ الأربعَ لا يجوزُ له أنْ يتزوَّجَ امرأةً قبل انقضاءِ عِدَّتِهنَّ، فإن انقَضَتْ عِدَّةُ الكلِّ معاً جاز له تزوُّجُ أربعٍ، وإنْ واحدةً فواحدةٌ، "بحر"[1].

(فرعٌ)

ماتت امرأتُهُ له التزوُّجُ بأختِها بعد يومٍ من موتها كما في "الخلاصة"[2] عن "الأصل"، وكذا في "المبسوط" لـ "صدر الإسلام" و"المحيطِ" لـ "السَّرخسيِّ"[3] و"البحر"[4] و"التَّاترخانيَّة"[5] وغيرِها من الكتب المعتمدة، وأمَّا ما عُزِيَ إلى "النُّتف"[6] من وجوبِ العِدَّةِ فلا يُعتمَدُ عليه، [٣/ق٣٠/أ] وتمامُهُ في كتابنا "تنقيح الفتاوى الحامديَّة"[7].

(قولُهُ: أو من إعتاق أُمِّ ولدٍ خلافاً لهما إلخ) إذا أعتقَ أُمَّ ولدِهِ ووجبَ عليها العدَّةُ ثلاثَ حِيَضٍ وتزوَّج أُختَها أو أربعاً من الأجانب فقال "زُفَر": لا يجوزُ كِلاهُما، وقال "أبو يوسف" و"محمد": يجوزُ كِلاهُما، وقال "أبو حنيفة": نكاحُ الأُختِ لا يجوز، ونكاحُ الأربعِ يجوز "سراج"، اهـ "سندي".

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٩.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني فيمن تكون محلاً للنكاح وفيمن لا تكون ق٧٥/ب.

(٣) في "ب" و "م": (("المحيط السرخسي")).

(٤) "البحر": لم نعثر عليها في مظانها.

(٥) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن: ما يجوز من الأنكحة وما لا يجوز ٣/٧.

(٦) "النتف": كتاب النكاح ـ الشرط السابع: العدة ١/٢٦١.

(٧) انظر "العقود الدرية": كتاب النكاح ١/١٨.

بِمِلْكِ يمينٍ بين امرأتين أيَّتُهُما فُرِضَتْ ذَكَراً لم تحلَّ للأخرى) أبداً؛ لحديثِ "مسلمٍ":

[١١٣٤٨] (قولُهُ: بِمِلْكِ يمينٍ) متعلّقٌ بـ ((وطئاً))، واحترَزَ بالجَمْعِ وطئاً عن الجَمْعِ مِلْكاً من غيرِ وطءٍ، فإنَّه جائزٌ كما في "البحر"[١]، "ط"[٢].

[١١٣٤٩] (قولُهُ: بين امرأتين) يَرجِعُ إلى الجَمْعِ نكاحاً وعِدَّةً ووطئاً بِمِلْكِ يمين، "ط"[٣]، أي: في عبارة "المصنِّف"، أمَّا على عبارة "الشَّارح" فهو متعلّقٌ بالأخير.

[١١٣٥٠] (قولُهُ: أيَّتُهُما فُرِضَتْ إلخ) أي: أيَّةُ واحدةٍ منهما فُرِضَتْ ذَكَراً لم يَحِلَّ للأخرى، كالجمعِ بين المرأةِ وعَمَّتِها أو خالتها، والجمعِ بين الأمِّ والبِنْتِ نَسَباً أو رضاعاً[٤]، وكالجمعِ بين عَمَّتين أو خالتين، كأنْ يتزوَّجَ كلٌّ من رَجُلين أمَّ الآخرِ فيُولَدَ لكلٍّ منهما بِنْتٌ، فيكونُ كلٌّ من البِنْتين عَمَّةَ الأخرى، أو يتزوَّجَ كلٌّ منهما بِنْتَ الآخرِ ويُولَدَ لهما بنتان، فكلٌّ من البِنْتين خالةُ الأخرى[٥] كما في "البحر"[٦].

[١١٣٥١] (قولُهُ: أبداً) قيَّدَ به ـ تبعاً لـ "البحر"[٧] وغيره ـ لإخراجِ ما لو تزوَّجَ أَمَةً ثمَّ سيِّدتَها فإنَّه يجوزُ؛ لأنَّه إذا فُرِضَت الأَمَةُ ذَكَراً لا يصحُّ له إيرادُ العَقْدِ على سيِّدتِهِ، ولو فُرِضَت السيِّدةُ ذَكَراً لا يَحِلُّ له إيرادُ العَقْدِ على أَمَتِهِ إلاَّ في موضعِ الاحتياط كما يأتي[٨]، لكنَّ هذه الحرمةَ من الجانبين مؤقَّتةٌ إلى زوالِ مِلْكِ اليمين، فإذا زالَ فأيَّتُهُما فُرِضَتْ ذَكَراً صَحَّ إيرادُ العَقْدِ منه على الأخرى، فلذا جازَ الجمعُ بينهما، واحتِيْجَ إلى إخراجِ هذه الصُّورةِ من القاعدة المذكورة بقَيْدِ الأَبَدِيَّة،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٨.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٨.

(٤) في "د" زيادة: ((هذه العبارة منقولة عن "الفتاوى الهندية")). ق١٥٣/أ.

(٥) من ((أو يتزوج)) إلى ((الأخرى)) ساقط من "آ".

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٤.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٥.

(٨) "در" صـ١٤٦ـ.

((لا تُنكَحُ المرأةُ على عمَّتِها))، وهو مشهورٌ يصلُحُ مُخصِّصاً للكتاب (فجازَ الجمعُ بين امرأةٍ وبنتِ زوجِها) او امرأةِ ابنِها،........................

لكنَّ هذا بناءً على أنَّ المراد من عدمِ الحلِّ في قولِهِ: ((أيَّتُهما[1] فُرضَتْ ذكراً لم تحِلَّ[2] للأخرى)) عدمُ حِلِّ إيرادِ العَقْدِ، أمَّا لو أُريدَ به عدمُ حِلِّ الوطءِ لا يُحتاجُ في إخراجِها إلى قَيْدِ الأَبديَّةِ؛ لأنَّها خارجةٌ بدونه، فإنَّه لو فُرضَت السيِّدةُ ذَكَراً يَحِلُّ له وطءُ أَمَتِهِ، أفادَهُ "ح"[3].

[١١٣٥٢] (قولُهُ: لا تُنكَحُ المرأةُ على عَمَّتِها) تمامُهُ: ((ولا على خالتِها، ولا على ابنةِ أخيها، ولا على ابنةِ أختها[4])).

[١١٣٥٣] (قولُهُ: وهو مشهورٌ) فإنَّه ثابتٌ في صحيحَيْ "مسلمٍ" و"ابنِ حبَّان"[5]، ورواه "أبو داود"، و"التِّرمذيُّ"، و"النَّسائيُّ"؛ وتلقَّاهُ الصَّدْرُ الأوَّلُ بالقبول من الصَّحابة والتَّابعين، ورواه الجَمُّ الغفيرُ، منهم "أبو هريرة"، و"جابرٌ"، و"ابن عبَّاسٍ"، و"ابن عُمَرَ"، و"ابن مسعودٍ"، و"أبو سعيدٍ الخدريُّ"، فيصلُحُ مُخصِّصاً لعموم قولِهِ تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء– ٢٤]، مع أنَّ العموم المذكور مخصوصٌ بالمُشْركةِ والمجوسيَّةِ وبناتِهِ من الرَّضاعة، فلو كان من أخبارِ الآحادِ جازَ التَّخصيصُ به غيرَ مُتوقِّفٍ [٣/ق٣٠/ب] على كونِهِ مشهوراً.

---

(١) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((أيّة))، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٢) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((يحلّ))، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/ب.

(٤) ((ولا على ابنة أختها)) ساقط من "الأصل".

(٥) وأخرجه مالك في "الموطأ" (٥٢٥) كتاب النكاح ـ باب لا يجمع الرجل بين المرأة وعمَّتها في النكاح، والبخاري (٥١٠٨) كتاب النكاح ـ باب: لا تنكح المرأة على عمتها، ومسلم (١٤٠٨) كتاب النكاح ـ باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، وأبو داود (٢٠٦٥) كتاب النكاح ـ باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، والترمذي (١١٢٥) كتاب النكاح ـ باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمَّتها ولا على خالتها، والنسائي ٩٨/٦ كتاب النكاح ـ باب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وابن ماجه (١٩٢٩) كتاب النكاح ـ باب لا تنكح المرأة على عمَّتها ولا على خالتها، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٣٤٥/٥، وصححه ابن حبان (٤٠٦٨) كتاب النكاح ـ باب ذكر الزجر عن سؤال المرأة الرجل طلاق أختها ما في صحفتها، و(٤١١٧) باب حرمة المناكحة، كلُّهم من حديث أبي هريرة ﷺ.

....

والظَّاهرُ: أنَّه لا بدَّ من ادِّعاءِ الشُّهرةِ؛ لأنَّ الحديثَ مَوقِعُهُ النَّسخُ لا التَّخصيصُ؛ لأنَّ ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ﴾ [البقرة ـ ٢٢١] ناسخٌ لعمومِ ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ[1]﴾؛ إذ لو تقدَّمَ لَزِمَ نسخُهُ بالآيةِ، فلَزِمَ حِلُّ المشركاتِ وهو مُنْتَفٍ، أو تكرارُ النَّسخِ وهو خلافُ الأصل، بيانُ الملازَمةِ: أنَّه يكونُ السَّابقُ حُرْمةَ المُشْركاتِ ثمَّ يُنسَخُ بالعامِّ، وهو ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾، ثمَّ يجبُ تقديرُ ناسخٍ آخرَ؛ لأنَّ الثَّابت الآنَ الحرمةُ، "فتح"[2]. وبه اندفَعَ ما في "العناية"[3]: ((من أنَّ شرط التَّخصيصِ المقارنةُ عندنا وليست بمعلومةٍ)).

(تنبيهٌ)

ما ذكرَهُ من الدَّليل لا يكفي لإثباتِ عموم القاعدة من حُرْمةِ الجمع بين جميع المحارم، فإنَّ الجمع بينهنَّ حَرُمَ لإفضائِهِ إلى قَطْعِ الرَّحِمِ لوقوع التَّشاجُر عادةً بين الضَّرَّتين، والدَّليلُ على اعتبارِهِ ما ثَبَتَ في الحديثِ بروايةِ "الطَّبرانيِّ"[4]، وهو قولُهُ ﷺ: ((فإنَّكم إذا فَعَلْتم ذلك قَطَّعتُم أرحامَكم))، وتمامُهُ في "الفتح"[5]. ٢٨٤/٢

(تتمَّةٌ)

عن هذا أجابَ "الرَّمليُّ" الشَّافعيُّ عن الجَمْعِ بين الأختين في الجنَّةِ: ((بأنَّه لا مانعَ منه؛ لأنَّ الحكم يَدُوْرُ مع العلَّة وجوداً وعدماً، وعلَّةُ التَّباغُضِ وقطيعةِ الرَّحِمِ مُنتفيةٌ في الجنَّة إلاَّ الأمَّ والبِنْتَ)) اهـ. أي: لعلَّةِ الجزئيَّة فيهما، وهي موجودةٌ في الجنَّة أيضاً بخلافِ نحو الأختين.

---

(١) ﴿مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٥/٣.

(٣) "العناية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٥/٣ (هامش "فتح القدير").

(٤) أخرجه الطبراني في "الكبير" ٢٦٦/١١ ـ ٢٦٧، وأحمد ٢١٧/١ و٣٧٢، وأبو داود (٢٠٦٧) كتاب النكاح ـ باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، والترمذي (١١٢٥) كتاب النكاح ـ باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمَّتها ولا على خالتها، وقال: حديث حسن صحيح، وابن حبان (٤١١٦) كتاب النكاح ـ باب حرمة المناكحة، كلُّهم من حديث ابن عباس وفي الباب عن أبي هريرة وعلي وابن عمر وأبي سعيد وجابر وعائشة وأبي موسى وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمرو ﷺ.

(٥) انظر "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٥/٣.

أو أَمَةٍ[١] ثمَّ سيِّدتِها؛ لأنَّه لو فُرِضَت المرأةُ أو امرأةُ الابنِ أو السَّيِّدةُ ذَكَراً لم يَحرُمْ بخلافِ عكسِهِ.

(وإنْ تزوَّجَ) بنكاحٍ صحيحٍ (أختَ أَمَةٍ) قد (وَطِئَها صَحَّ) النِّكاحُ (لكنْ لا يَطَأُ واحدةً) منهما..............................

[١١٣٥٤] (قولُهُ: أو أَمَةٍ ثمَّ سيِّدتِها) الأَولى عدمُ ذِكْرِ هذه الصُّورة؛ لِما علمتَ من أنَّ إخراجَها من القاعدة بقَيْدِ الأَبَديَّة مبنيٌّ على أنَّ المراد من عدم الحِلِّ عدمُ حِلِّ إيرادِ العَقْدِ، وهو ثابتٌ من الطَّرفين كما قرَّرناه، فيُنافي قولَهُ الآتي: ((لم يَحرُمْ))، ولو أُريدَ بعدم الحلِّ عدمُ حِلِّ الوطءِ صَحَّ قولُهُ: ((لم يَحرُمْ))، لكنَّه يُستغنَى عن قَيْدِ الأَبَديَّة، ولعلَّه أشار إلى أنَّ جواز الجَمْعِ بينهما ثابتٌ على كلٍّ من التَّقديرين، فافهم.

قال "ح"[٢]: ((وأشار بـ: ثُمَّ إلى أنَّه لو تَزَوَّجَهما في عُقْدةٍ لم يصحَّ نكاحُ واحدةٍ، ولو تَزَوَّجَهما في عُقْدتين والسَّيِّدةُ مُقدَّمةٌ لم يصحَّ نكاحُ الأَمَةِ كما قدَّمناه أوَّل الفصل)).

[١١٣٥٥] (قولُهُ: لم يَحرُم) أي: التَّزوُّجُ في الصُّور الثَّلاث؛ لأنَّ الذَّكَرَ المفروض في الأُولى يصيرُ مُتزوِّجاً بنْتَ الزَّوج، وهي بِنْتُ رجلٍ أجنبيٍّ، وفي الثَّانيةِ يصيرُ مُتزوِّجاً امرأةً أجنبيَّةً، وفي الثَّالثةِ[٣] يصيرُ واطئاً لأَمَتِهِ.

[١١٣٥٦] (قولُهُ: بخلافِ عكسِهِ) هو ما إذا فُرِضَتْ بِنْتُ الزَّوج أو أُمُّ الزَّوجِ أو الأَمَةُ ذَكَراً، حيث [٣/ق٣١/أ] تحرُمُ الأخرى؛ لأنَّه في الأُولى يصيرُ ابنَ الزَّوج فلا تَحِلُّ له موطوءةُ أبيه، وفي الثَّانيةِ يصيرُ أبا الزَّوج فلا تَحِلُّ له امرأةُ ابنِهِ، وفي الثَّالثة يصيرُ عبداً فلا تَحِلُّ له سيِّدتُهُ.

[١١٣٥٧] (قولُهُ: وإنْ تَزَوَّجَ إلخ) قيَّدَ بالتَّزوُّج لأنَّه لو اشتَرَى أختَ أَمَتِهِ الموطوءةِ جاز

---

(١) في "و": ((وأمة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٥/ب.

(٣) في "الأصل": ((الثانية)) بدل ((الثالثة)).

(حتَّى يُحرِّمَ) حِلَّ استمتاعِ (إحداهما عليه) بسببٍ ما؛..................

له وطءُ الأُولى، وليس له وطءُ الثَّانية ما لم يُحرِّم الأُولى على نفسِهِ، ولو وَطِئَها أَثِمَ، ثمَّ لا يَحِلُّ له وطءُ واحدةٍ منهما حتَّى يُحرِّمَ الأخرى، ويكونُ النِّكاحُ صحيحاً؛ لأنَّه لو كان فاسداً لا تَحرُمُ عليه الموطوءةُ ما لم يَدخُلْ بالمنكوحةِ لوجود الجَمْعِ حقيقةً. وأطلَقَ في الأختِ المتزوِّجةِ فشَمِلَ الحرَّةَ والأَمَةَ، وأطلَقَ في الأَمَةِ فشَمِلَ أمَّ الولد، وقيَّدَ بكونها موطوءَةً لأنَّ بدونه يجوزُ[1] له وطءُ المنكوحةِ كما يأتي[2]؛ لأنَّ المرقوقة ليست بموطوءَةٍ حُكْماً، فلم يَصِرْ جامعاً بينهما وطئاً لا حقيقةً ولا حكماً، وأشار إلى أنَّه لو لم يَدخُلْ بالمنكوحةِ حتَّى اشترَى أختَها لا يَطأُ المشتراةَ؛ لأنَّ المنكوحةَ موطوءَةٌ حُكْماً، كذا أفادَهُ في "البحر"[3]. وأراد بأخت الأَمَةِ مَن ليس بينهما جزئيَّةٌ احترازاً عن أُمِّها أو بنتِها؛ لأنَّ وطءَ إحداهما يُحرِّمُ الأخرى أبداً.

[١١٣٥٨] (قولُهُ: حتَّى يُحرِّمَ) أي: على نفسِهِ كما وقَعَ في عبارتهم، والمتبادرُ منه أنَّه بالضمِّ والتَّشديدِ من المزيد، ويُعلَمُ منه دلالةُ حكمِ الحرمة بدونِ فعلِهِ كموتِ إحداهما أو رِدَّتِها لحصولِ المقصود، ولو قُرِئَ بالفتح والتَّخفيف صَحَّ وشَمِلَ ذلك منطوقاً، ولكنَّه غيرُ لازمٍ لِما علمت، فافهم.

[١١٣٥٩] (قولُهُ: حِلَّ استمتاعٍ) من إضافةِ الصِّفةِ إلى الموصوف، أي: يُحرِّمَ الاستمتاعَ الحلالَ، أفادَهُ "ط"[4]. أو الإضافةُ بيانيَّةٌ، أي: يُحرِّمَ شيئاً حلالاً هو استمتاعٌ، أفادَهُ "الرَّحمتيُّ"، وبه اندفَعَ أنَّ الحِلَّ والحرمةَ من صفاتِ فِعْلِ المكلَّفِ كالاستمتاع، فلا يصحُّ وَصْفُ أحدِهما بالآخر، فافهم.

[١١٣٦٠] (قولُهُ: بسببٍ ما) فتحريمُ المنكوحةِ بالطَّلاقِ والخُلْعِ والرِّدَّة مع انقضاءِ العِدَّة،

(قولُهُ: ولكنَّه غيرُ لازمٍ لِما علمتَ) أي غيرُ متعيِّنٍ لِما علمتَ من دُخولِ ما إذا كانت الحُرْمةُ بدون فِعْلِه بطريق الدَّلالة.

---

(١) في "آ": ((لا يجوز))، وهو خطأ.

(٢) "در" صـ١٣٦ـ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٢/٣.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٩/٢.

لأنَّ للعقد حكمَ الوطءِ، حتَّى لو نكَحَ مشـرقيٌّ مغربيَّةً يثبُتُ نسبُ أولادِها منه لثبوتِ الوطءِ حكماً،..

"قهستاني"[1]. والمملوكةِ ببَيْعِها كُلاً أو بعضاً[2]، وإعتاقِها كذلك، وهِبَتِها مع التَّسليم، وكتابتِها، وتزويجها بنكاحٍ صحيحٍ بخلاف الفاسد، إلاَّ إذا دخَلَ بها الزَّوجُ فإنَّها لوجوبِ العِدَّةِ عليها منه تَحرُمُ على المالِكِ، فتَحِلُّ له حينئذٍ المنكوحةُ، ولا يُؤثِّرُ الإحرامُ، والحيضُ، والنِّفاسُ، والصَّومُ، والرَّهنُ، والإجارةُ، والتَّدبيرُ؛ لأنَّ فَرْجَها لا يَحرُمُ بهذه الأسباب، "بحر"[3]. قال في "النَّهر"[4]: ((ولم أرَ في كلامِهم ما لو باعَها [٣/ق٣١/ب] بَيْعاً فاسداً أو وَهَبَها كذلك وقُبِضَتْ، والظَّاهرُ أنَّه يَحِلُّ وطءُ المنكوحة)) اهـ، أي: لأنَّ المبيع فاسداً يُملَكُ بالقبض، وكذا الموهوبُ فاسداً على المفتى به خلافاً لِما صحَّحَهُ في "العماديَّة" كما سيأتي[5] في بابه إن شاء الله تعالى.

(تنبيهٌ)

قال في "البحر"[6]: ((فإنْ عادت الموطوءَةُ إلى مِلْكِهِ بعد الإخراجِ ـ سواءٌ كان بفَسْخٍ أو بشراءٍ جديدٍ ـ لم يَحِلَّ وطءُ واحدةٍ منهما حتَّى يُحرِّمَ الأَمَةَ على نفسِهِ بسببٍ كما كان أوَّلاً)).

[١١٣٦١] (قولُهُ: لأنَّ للعَقْدِ حكمَ الوطءِ) أُوردَ عليه أنَّه لو كان كذلك يجبُ أنْ لا يصحَّ هذا النِّكاحُ كما قالَهُ بعضُ المالكيَّة، وإلاَّ لَزِمَ أنْ يصيرَ جامعاً بينهما وَطْئاً حكماً؛ لأنَّ الوطءَ السَّابق قائمٌ حكماً أيضاً، بدليلِ أنَّه لو أرادَ بَيْعَها يُستحَبُّ له استبراؤها، وهذا اللاَّزمُ باطلٌ، فيلزمُ بُطْلانُ مَلْزومِهِ وهو صحَّةُ العَقْدِ. وأجابَ عنه في "الفتح"[7]: ((بأنَّه لازمٌ مُفارِقٌ؛ لأنَّ بيدِهِ إزالتَهُ، فلا يَضُرُّ بالصِّحَّة)).

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح صـ٢٧٤ـ.
(٢) في "م": ((أو بعضها))، وهو خطأ.
(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٢.
(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٥/ب.
(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٩١١٨] قوله: ((في "البزازية")).
(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٢.
(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٢٢.

ولو لم يكن وَطِئَ الأَمَةَ له وطءُ المنكوحةِ، ودواعي الوطءِ كالوطءِ، "ابن كمال".

(وإنْ تزوَّجَهما معاً) أي: الأختين أو مَن بمعناهما (أو بعقدتين ونَسِيَ) النِّكاحَ (الأوَّلَ[1]) ....

[١١٣٦٢] (قولُهُ: ولو لم يكن إلخ) محترزُ قوله: ((قد وَطِئَها))، "ح"[2].

[١١٣٦٣] (قولُهُ: له وَطْءُ المنكوحةِ) فإنْ وَطِئَ المنكوحةَ حَرُمَت المملوكةُ[3] حتَّى يُفارِقَ المنكوحةَ، كذا في "الاختيار"[4].

[١١٣٦٤] (قولُهُ: ودَوَاعي الوطءِ كالوطءِ) حتَّى لو كان قَبَّلَ أَمَتَهُ أو مَسَّها بشهوةٍ أو هي فَعَلَتْ به ذلك، ثمَّ تزوَّجَ أختها لا تَحِلُّ له واحدةٌ منهما حتَّى يُحرِّمَ الأخرى، "رحمتي".

[١١٣٦٥] (قولُهُ: أو مَن بمعناهما) هو كلُّ امرأتين أَيَّتُهُما فُرِضَتْ ذَكَراً لم تَحِلَّ للأخرى، "ح"[5]. ولا حاجةَ إلى هذه الزِّيادةِ للاستغناءِ عنها بقول "المصنِّف" بعدُ: ((وكذا الحكمُ في كلِّ ما جَمْعَهما من المحارم))، "ط"[6].

/٢٨٥ [١١٣٦٦] (قولُهُ: ونَسِيَ الأوَّلَ) فلو عُلِمَ فهو الصَّحيحُ والثَّاني باطلٌ، وله وطءُ الأُولى إلاَّ أنْ يَطَأَ الثَّانية فتحرُمُ الأُولى إلى انقضاءِ عِدَّةِ الثَّانية، كما لو وَطِئَ أختَ امرأتِهِ بشبهةٍ

(قولُهُ: ولا حاجةَ إلى هذه الزِّيادة للاستغناء عنها بقول "المُصنِّف" إلخ) لعلَّ "الشَّارحَ" أشار بذِكْرِها هنا إلى أنَّ المُناسبَ لـ"المُصنِّف" ذِكْرُها هنا مُراعاةً للاختصار وجمعِ النَّظائر مع بعضٍ.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ونسي الأول، عبارة "الوقاية": و لم يدر الأوَّلَ. قال شارحها "ابن كمال باشا": هذا أولى من قولهم: نسي الأول. انتهى)). ق١٥٣/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/أ.

(٣) عبارة "آ": ((حرمت عليه المملوكة)).

(٤) "الاختيار": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٨٦/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/أ.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٩/٢.

فرَّقَ) القاضي (بينَهُ وبينَهما) ويكونُ طلاقاً (ولهما نصفُ المهر)..................

حيث تحرُمُ امرأتُهُ ما لم تَنْقَضِ عِدَّةُ ذات الشُّبهة، "ح"[١] عن "البحر"[٢]. وقال في "شرح درر البحار"[٣]: ((قَيَّدَ بالنِّسيان إذ الزَّوجُ لو عيَّنَ إحداهما بالفعلِ بدخولِهِ بها أو ببيانِ أنَّها سابقةٌ قُضِيَ بنكاحِها لتصادُقِهما، وفُرِّقَ بينه وبين الأخرى، ولو دخَلَ بإحداهما ثمَّ بيَّنَ أنَّ الأخرى سابقةٌ يُعتبَرُ البيان؛ إذ الدِّلالةُ لا تُعارِضُ الصَّريحَ)) اهـ. ومثلُهُ في "الشُّرُنبلالِيَّة"[٤] عن "شرح المجمع".

[١١٣٦٧] (قولُهُ: فرَّقَ القاضي بينه وبينهما) يعني: يُفترَضُ عليه أنْ يُفارِقَهما، فإنْ لم يُفارِقْهما وجَبَ على القاضي ـ إنْ عَلِمَ ـ أنْ يُفرِّقَ بينه وبينهما دفعاً للمعصية، "بحر"[٥]. لكنْ في "الفتاوى الهنديَّة"[٦] [٣/ق٣٢/أ] عن "شرح الطَّحاويِّ": ((ولو تزَوَّجَهما في عُقْدتين ولا يَدري أيَّتُهما أسبقُ؟ فإنَّه يُؤمَرُ الزَّوجُ بالبيان، فإنْ بيَّنَ فعلى ما بيَّنَ، وإنْ لم يُبيِّنْ فإنَّه لا يَتحرَّى في ذلك، ويُفرَّقُ بينه وبينهما)) اهـ "ح"[٧].

قلت: لا منافاةَ بينهما؛ لأنَّ بيان الزَّوج مبنيٌّ على علمِهِ بالأسبق؛ لِما ذكرناه[٨] عن "شرح الدُّرر"، ولقوله: ((لا يَتحرَّى))، تأمَّل. وفي "النَّهر"[٩]: ((وينبغي أنْ يكون معنى التَّفريقِ من الزَّوج أنَّه يُطلِّقُهما، ولم أرَهُ)) اهـ.

[١١٣٦٨] (قولُهُ: ويكونُ طلاقاً) أي: تفريقُ القاضي المذكورُ، وظاهرُ كلام "الفتح"[١٠]

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٣) "شرح درر البحار": كتاب النكاح ـ ذكر المحرمات ق١٩١/ب لكن عبارته: ((قَيَّدَ بالجهل)) بدل((بالنسيان)).

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣١/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٣/٣ بتصرف.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الثالث في بيان المحرمات ـ القسم الرابع: المحرمات بالجمع ٢٧٨/١.

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/أ.

(٨) المقولة [١١٣٦٦] قوله: ((ونسي الأول)).

(٩) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٥/ب.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٣/٣.

يعني: في مسألةِ النِّسيان؛ إذ الحكمُ في تزَوُّجِهما معاً البطلانُ وعدمُ وجوبِ المهر إلاَّ بالوطءِ كما في عامَّةِ الكتب، فتنبَّهْ.........................

أنّه بحثٌ منه، فإنّه قال: ((والظّاهرُ أنّه طلاقٌ، حتّى يَنقُصَ مِن[1] طلاقِ كلٍّ منهما طلقةٌ لو تَزَوَّجَها بعد ذلك))، وأقرَّهُ في "البحر"[2] و"النّهر"[3]، ويؤيِّدُهُ أنَّ "الزَّيلعيَّ"[4] عبَّرَ عن التَّفريق المذكور بالطَّلاق، وكذا قال "الإتقانيُّ" في "غاية البيان": ((وتفريقُ القاضي كالطَّلاق من الزَّوج))، ثمَّ قال في "الفتح"[5]: ((فإنْ وقَعَ التَّفريقُ قبل الدُّخول فله أنْ يتزوَّجَ أيَّتَهُما شاء[6] للحال، وإنْ بعدَهُ فليس له التَّزوُّجُ بواحدةٍ منهما حتَّى تنقضيَ عِدَّتُهما، وإن انقَضَتْ عِدَّةُ إحداهما دون الأخرى فله تزوُّجُ الَّتي لم تَنْقَضِ عِدَّتُها دون الأخرى كيلا يصيرَ جامعاً، وإنْ وقَعَ بعد الدُّخول بإحداهما فله أنْ يتزوَّجَها في الحال دون الأخرى، فإنَّ عِدَّتَها تَمنَعُ مِن تزوُّجِ أختِها)) اهـ.

[١١٣٦٩] (قولُهُ: يعني: في مسألةِ النِّسيان) تقييدٌ لقوله: ((ويكونُ طلاقاً))، ولقولِ "المصنِّف": ((ولهما نصفُ المهر))؛ إذ التَّفريقُ في الباطل لا يكون طلاقاً، فافهم.

[١١٣٧٠] (قولُهُ: إذ الحكمُ إلخ) بيانٌ للفَرْقِ بين المسألتين، وذلك أنَّ في مسألةِ النِّسيان صَحَّ نكاحُ السَّابقة دون اللاَّحقة، وتعيَّنَ التَّفريقُ بينهما للجهل، والتي صَحَّ نكاحُها يجبُ لها نصفُ المهر بالتَّفريق قبل الدُّخول، ولَمَّا جُهِلَتْ وجَبَ لهما، أمَّا في مسألةِ تَزَوُّجِهما معاً في عَقْدٍ واحدٍ فالباطلُ نكاحُ كلٍّ منهما يقيناً، فإذا كان التَّفريقُ قبل الدُّخول فلا مهرَ لهما ولا عدَّةَ عليهما، وإنْ دخَلَ بهما وجَبَ لكلٍّ الأقلُّ من المسمَّى ومن مهرِ المثل كما هو حكمُ النِّكاح الفاسد، وعليهما العِدَّةُ، "بحر"[7]. قال: ((وقيَّدَ بطلانَهما في "المحيط" بأنْ لا تكونَ إحداهما مشغولةً بنكاحِ

---

(١) ((من)) ساقطة من "آ".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٥/ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٤/٢ ـ ١٠٥.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

(٦) ((شاء)) ساقطة من "آ".

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٣/٣.

وهذا (إنْ كان مهراهما[١] متساويين) قَدْراً وجنساً (وهو مُسمًّى في العقدِ، وكانت الفُرقةُ قبل الدُّخولِ) وادَّعى كلٌّ منهما أنَّها الأُولى ولا بيِّنةَ لهما،..................

الغير أو عِدَّتِهِ، فإنْ كانت كذلك صَحَّ نكاحُ الفارغةِ؛ لعدم تحقُّقِ الجمع بينهما، كما لو تَزَوَّجَت امرأةٌ زوجين في عَقْدٍ واحدٍ وأحدُهما متزوِّجٌ بأربعِ نسوةٍ فإنَّها تكونُ زوجةً للآخرِ؛ لأنَّه لم يتحقَّق الجمعُ بين رَجُلين إذا كانت هي لا تَحِلُّ لأحدِهما)) اهـ.

[١١٣٧١] (قولُهُ: وهذا) أي: [٣/ق٣٢/ب] وجوبُ نصف المهر لهما في مسألةِ النِّسيان.

[١١٣٧٢] (قولُهُ: متساويين قَدْراً وجنساً) كما إذا كان كلٌّ منهما ألفَ درهمٍ، "ح"[٢].

[١١٣٧٣] (قولُهُ: وهو مُسمًّى) الضَّميرُ راجعٌ إلى المهرين بتأويلِ المذكور، "ح"[٣].

[١١٣٧٤] (قولُهُ: وادَّعى كلٌّ منهما أنَّها الأُولى) أمَّا إذا قالتا: لا ندري أيُّ النِّكاحين أوَّلُ؟ لا يُقضَى لهما بشيءٍ ـ لأنَّ المقضيَّ له مجهولٌ، وهو يَمنَعُ صحَّةَ القضاء، كمن قال لرَجُلين: لأحدِهما عليَّ ألفٌ لا يُقضَى لأحدِهما بشيءٍ ـ إلاَّ أنْ يَصطلِحا، بأنْ يَتَّفِقا على أَخْذِ نصفِ المهر، فيُقضَى لهما به، وهذا القيدُ ـ أي: دعوى كلٍّ منهما ـ زادَهُ "أبو جعفر الهندواني"[٤]، وظاهرُ "الهداية"[٥] تضعيفُهُ، لكنَّه حسنٌ، "بحر"[٦]، وتمامُهُ فيه.

[١١٣٧٥] (قولُهُ: ولا بيِّنةَ لهما) مثلُهُ ما لو كان لكلٍّ منهما بيِّنةٌ على السَّبق كما في "الفتح"[٧]

(قولُهُ: مِثْلُه ما لو كان لكلٍّ منهُما بيِّنةٌ إلخ) الظاهرُ أنَّه يُشترطُ أيضا عدمُ نُكُولِهِ عند عدم البيِّنة.

---

(١) في "ط": ((مهرهما)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/أ.

(٤) في "د" زيادة: (("فتاوى هندية")). ق١٥٣/أ

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١٩٢/١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

فإنِ اختلَفَ مهراهما فإنْ عُلِما فلكلٍّ ربعُ مهرِها، وإلاَّ فلكلٍّ نصفُ أقلِّ المسمَّيَيْنِ..

وغيره، أي: لتهاتُرِهما، قال "ح"[1]: ((فلو أَقَامَتْ إحداهما البيِّنةَ على السَّبْق فنكاحُها هو الصَّحيح، والثَّاني باطلٌ نظيرَ ما قدَّمنا في قولِهِ: ونَسِيَ الأوَّلَ)).

[١١٣٧٦] (قولُهُ: فإن اختلَفَ مهراهما) محترزُ قوله: ((متساويين قَدْراً وجِنْساً))، وهو صادقٌ باختلافِهما قَدْراً فقط كأنْ يكونَ مهرُ إحداهما وزنَ ألفِ ردهمٍ من الفضَّة والأخرى وزنَ ألفين منها، وجِنْساً فقط كأنْ يكونَ مهرُ إحداهما وزنَ ألفِ درهمٍ من الفضَّة والأخرى وزنَ ألفِ درهمٍ من الذَّهب، وقَدْراً وجِنساً كأنْ يكونَ مهرُ إحداهما وزنَ ألفِ درهمٍ من الفضَّة والأخرى وزنَ ألفي درهمٍ[2] من الذَّهب.

[١١٣٧٧] (قولُهُ: فإنْ عُلِما إلخ) اعلمْ أنَّ هذا التَّفصيل مأخوذٌ من "الدُّرر"[3]، واعترضَهُ "محشُّوه"[4]: ((بأنَّه لم يُوجَد لغيره، والذي وُجِدَ في أكثرِ الكتب أنَّ المسمَّى لهما إنْ كان مختلفاً يُقضَى لكلٍّ واحدةٍ منهما بربعِ مهرها المسمَّى، والذي وُجِدَ في بعضِها أنَّه يُقضَى لهما بالأقلِّ من نِصْفَي المهرين المسمَّيَيْنِ، فلو كان مهرُ إحداهما مائةَ درهمٍ والأخرى ثمانين يُقضَى على القولِ الأوَّلِ للأُولى بخمسةٍ وعشرين درهماً وللثَّانية بعشرين، وعلى الثَّاني بنصفِ أقلِّ المهرين المسمَّيَيْنِ ـ وهو أربعون ـ ثمَّ يُنصَّفُ بينهما، فيكونُ لكلٍّ منهما عشرون درهماً))، كذا في "حاشيته" لـ "نوح أفندي". وفي "شرحِهِ" للشَّيخ "إسماعيل": ((أنَّ الاحتياط الثَّاني، وهو الموجودُ في "الكافي"[5] و"الكفاية"[6] مُعلَّلاً بأنَّ فيه يقيناً)).

٢٨٦/٢

والظَّاهرُ: أنَّ المصنِّف ـ أي: صاحبَ "الدُّرر" ـ أرادَ أنْ يُوفِّقَ بين القولين بأنَّ الأول فيما إذا كان ما سَمَّى لكلِّ واحدةٍ منهما بعينِها [٣/ق٣٣/أ] معلوماً كالخمسِمائةِ لفاطمةَ والألفِ لزاهدةَ،

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/أ.

(٢) ((من الفضة والأخرى وزن ألفي درهم)) ساقط من "الأصل".

(٣) "الدرر": كتاب النكاح ٣٣١/١.

(٤) انظر "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "الكافي": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ق١٠٣/أ.

(٦) "الكفاية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٣/٣-١٢٤ (ذيل "فتح القدير").

(وإنْ لم يكن مُسمًّى فالواجبُ متعةٌ واحدةٌ لهما) بدلَ نصفِ المهر (وإنْ كانت الفُرقةُ بعد الدُّخولِ.......................................

والثَّانيَ فيما إذا لم يكن معلوماً كذلك، بأنْ يَعلَمَ أنَّه سَمَّى لواحدةٍ منهما خمسَمائةٍ وللأخرى ألفاً إلاَّ أنَّه نَسِيَ تعيينَ كلٍّ منهما، لكنَّ سياقَ ما في "الكافي"[١] و"الكفاية"[٢] لا يُؤدِّي انحصارَهُ في ذلك، ولذا قيل: لو حُمِلَ على اختلافِ الرِّوايةِ كان أَولى.

إذا تقرَّرَ ذلك علمتَ أنَّ قول "الشَّارح" تبعاً لـ "الدُّرر": ((وإلاَّ فلكلٍّ نصفُ أقلِّ المُسمَّيَينِ)) غيرُ صحيحٍ كما نَبَّهَ عليه في "الشُّرُنبلاليَّة"[٣] وغيرها؛ لاقتضائِهِ أنْ تأخذا[٤] مهراً كاملاً مع أنَّ الواجب عليه نصفُ مهرٍ، فالصوابُ ما في بعضِ نسخ الشَّرح، وهو: ((وإلاَّ فنصفُ أقلِّ المُسمَّيَينِ لهما))، وهذا بناءً على ما في "الدُّرر" من التَّوفيقِ، وقد علمتَ ما فيه.

[١١٣٧٨] (قولُهُ: وإنْ لم يكن مُسمًّى) أي: وإنْ لم يكن واحدٌ من المهرين مُسمًّى فالواجبُ

(قولُهُ: لكنَّ سياقَ ما في "الكافي" و"الكفاية" لا يُؤدِّي إلخ) حيثُ كان ما في أكثر الكُتُب موضوعُه ما إذا كان المُسمَّى لكلٍّ منهُما معلوماً ـ لعدم تأتِّي إيجابِ رُبعِ المَهْر المُسمَّى لكلٍّ إلاَّ مع العلم ـ لا يكونُ شاملاً لِمَا إذا لم يَعْلما بل يكونُ مسكوتاً عنه في هذه العبارة، والذي وُجِدَ في بعضها شاملٌ لِمَا إذا عُلِمَ المُسمَّى لكلٍّ أو لا، لكن حيثُ وُجِدَ النصُّ صراحةً على حكمِ ما إذا عَلِمَا ـ وهو الموجودُ في أكثر الكُتُب ـ يُقيِّدُ ما في بعضها بما إذا لم يَعْلما جمعاً بين العبارتَيْن، وتقييداً لِما وُجِدَ في بعض الكُتُب بما وُجِدَ في أكثرها، وما ذُكِرَ أَولى بالاعتبار من مُجرَّد مُراعاة ما يُفيدُه السِّياقُ، وكم لذلك من نظيرٍ.

(قولُهُ: وإنْ لم يكن واحدٌ من المهرَيْن مُسمًّى فالواجبُ مِتْعةٌ) لهما بالسَّويَّة إن استَوَيا، وإلاَّ فينبغي أن يَجبَ لكلِّ واحدةٍ منهُما نصفُ مِتْعة تستحقُّها بناءً على أنَّ المعتبرَ في المُتْعة حالُه أو حالُ الزَّوجَيْن وهو الصَّحيحُ، من "السِّنْدِيِّ".

---

(١) "الكافي": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ق١٠٣/أ.

(٢) "الكفاية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٣ ـ ١٢٤ (ذيل "فتح القدير").

(٣) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ١/٣٣١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) في "أ" و"م": ((تأخذ)).

وجَبَ لكلٍّ واحدةٍ مهرٌ كاملٌ) لتقرُّرِهِ بالدُّخولِ،.........................

مُتعةٌ، وإذا سَمَّى لإحداهما دون الأخرى فلِمَن لها المُسمَّى أخذُ ربعِهِ، والتي لم يُسَمِّ لها تأخذُ نصفَ المتعة، "ح"[1]، ومثلُهُ في "شرح الشَّيخ إسماعيل".

[١١٣٧٩] (قولُهُ: وجَبَ لكلٍّ واحدةٍ مهرٌ كاملٌ) قال في "الفتح"[2]: ((فلو كان التَّفريقُ بعد الدُّخولِ وجَبَ لكلٍّ منهما مهرُها كاملاً، وفي النِّكاحِ الفاسدِ يُقضَى بمهرٍ كاملٍ وعُقرٍ كاملٍ، ويجبُ حملُهُ على ما إذا اتَّحَدَ المُسمَّى لهما قدراً وجنساً، أمَّا إذا اختلفا فيَتعذَّرُ إيجابُ عُقرٍ؛ إذ ليست إحداهما أَولى بجَعْلِها ذاتَ العُقرِ من الأخرى؛ لأنَّه فرعُ الحكمِ بأنَّها الموطوءةُ في النِّكاحِ الفاسدِ، هذا مع أنَّ الفاسد ليس حكمُ الوطءِ فيه ـ إذا سُمِّيَ فيه ـ العُقرَ بل الأقلَّ من المُسمَّى ومهرِ المثل)) اهـ. ومثلُهُ في "البحر"[3] سوى قولِهِ: ((مع أنَّ الفاسد إلخ)).

والظَّاهرُ: أنَّ صاحب "الفتح"[4] عبَّرَ أوَّلاً: بأنَّه يجبُ لكلٍّ مهرٌ كاملٌ، ثمَّ بالعُقرِ تبعاً لِما وقَعَ في كلامِ غيرِهِ، ثمَّ حقَّقَ: أنَّ الواجب في النِّكاحِ الفاسدِ بعد الوطءِ هو الأقلُّ من المُسمَّى ومهرِ المثل، فعُلِمَ أنَّه المرادُ بالعُقرِ، وفي "المغرب"[5]: ((العُقرُ: صَداقُ المرأةِ إذا وُطِئَتْ بشبهةٍ)) اهـ.

---

٢ (قولُهُ: يُقْضى بمهرٍ كاملٍ وعُقْرٍ كاملٍ إلخ) عطفُ تفسيرٍ، وعبارةُ "البحر": ((لو كانت الفُرْقةُ بعد الدُّخول يجبُ لكلٍّ المَهرُ كاملاً؛ لأنَّه استقرَّ بالدُّخول فلا يسقطُ منه شيءٌ مع أنَّه مُشكِلٌ، أي: إيجابُ مهرٍ كاملٍ لكُلٍّ، بل إذا كان بعد الدُّخول فإنَّه يُقضى بمهرٍ كاملٍ وعُقْرٍ كاملٍ، ويجبُ حَمْلُه إلخ)) اهـ. فالظَّاهرُ أنَّ المرادَ بقول "الفتح": ((وفي النِّكاح الفاسد إلخ)) مناقشةُ قولِهم: وَجَبَ لكُلٍّ منهُما مهرُها كاملاً، ثمَّ حقَّق أنَّ الواجبَ هنا الأقلُّ من المُسمَّى ومهرِ المِثْل.

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٠٤/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٢٤/٣.

(٥) "المغرب": مادة ((عقر)).

....

ولا يخفى أنَّ الوطء في النِّكاحِ الفاسد[١] وطءٌ بشبهةٍ، وقد صرَّحَ في "الكنز"[٢] وغيره: ((بأنَّ الواجب في النِّكاحِ الفاسدِ الأقلُّ من المُسمَّى ومهرِ المثل))، فعُلِمَ أنَّ اقتصار "البحر"[٣] على التَّعبيرِ بالعُقرِ صحيحٌ، فافهم.

والحاصلُ: أنَّك قد علمتَ أنَّ أحد النِّكاحين في مسألةِ النِّسيانِ صحيحٌ والآخرَ فاسدٌ، وبعدَ الدُّخولِ يَجِبُ في الصَّحيح المُسمَّى وفي الفاسد العُقرُ، أي: الأقلُّ من [٣/ق٣٣/ب] المُسمَّى ومهرِ المثل، وحيث لم تُعلَمْ صاحبةُ الصَّحيح من الفاسد يُقسَمُ المهران بالوصفِ المذكور بينهما، فيكونُ لكلٍّ واحدةٍ مهرٌ كاملٌ.

ثمَّ اعلم أنَّ الصُّورَ أربعٌ: لأنَّه إمَّا أنْ يَتَّحِدَ المُسمَّى لهما أو يَختلِفَ، وعلى كلٍّ إمَّا أنْ يَتَّحِدَ مهرُ مثلِهما أيضاً أو يَختلِفَ:

فإن اتَّحَدَ المُسمَّيان والمهران فلا شبهةَ في أنَّه يجبُ لكلٍّ منهما مهرُها كاملاً.

وأمَّا إذا اتَّحَدَ المُسمَّيان واختلَفَ المهران ـ كأنْ سَمَّى لهندٍ مائةً ومهرُ مثلِها تسعون، ولأختِها دعدٍ[٤] مائةً أيضاً ومهرُ مثلِها ثمانون ـ فالواجبُ لذاتِ النِّكاحِ الصَّحيحِ المُسمَّى وهو مائةٌ، ولذاتِ الفاسدِ العُقرُ، وهو مُترَدِّدٌ هنا بين التِّسعين والثَّمانين، ويتعذَّرُ إيجابُ أحدِهما؛ إذ ليست إحداهما أَولى بكونها ذاتَ العُقر، فلذا قيَّدَ "المحشِّي" قولَ "الفتح"[٥]: ((ويجبُ حملُهُ ـ أي: حملُ وجوبِ المهر كاملاً لكلٍّ منهما ـ على ما إذا اتَّحَدَ المُسمَّى لهما)) بما إذا اتَّحَدَ مهرُ مثلِهما أيضاً.

---

(١) من ((وطئت)) إلى ((الفاسد)) ساقط من "آ".

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/١٥٦ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٤.

(٤) ((دعد)) ليست في "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٤.

....

وأمَّا قولُ "الفتح": ((وأمَّا إذا اختلفا ـ أي: المُسمَّيان ـ فيَتعذَّرُ إيجابُ العُقرِ)) ففي إطلاقِهِ نظرٌ؛ لأنَّه ظاهرٌ فيما إذا اختلَفَ المهران أيضاً، كأنْ سَمَّى لهندٍ مائةً ومهرُ مثلِها ثمانون، ولدَعْدٍ تسعين ومهرُ مثلِها ستُّون مثلاً، فهنا تَعَذَّرَ إيجابُ العُقرِ، وتَعَذَّرَ أيضاً إيجابُ المُسمَّى؛ لأنَّ إحداهما ليست بأَولى من الأخرى بكونها ذاتَ النِّكاحِ الصَّحيح أو ذاتَ النِّكاحِ الفاسد حتَّى نُوجِبَ لهما أحدَ المُسمَّيَين بعينِهِ وأحدَ العُقرين بعينِهِ؛ لاختلافِ كلٍّ منهما.

وأمَّا إذا اختلَفَ المُسمَّيان واتَّحَدَ المهران ـ كأنْ سَمَّى لهندٍ مائةً ولدَعْدٍ تسعين ومهرُ مثلِ كلٍّ منهما ثمانون ـ فلا يَتعذَّرُ إيجابُ العُقرِ؛ لأنَّه ثمانون على كلِّ حالٍ، سواءٌ كانت ذاتُ النِّكاح الفاسد هنداً أو دعداً، بل يَتعذَّرُ إيجابُ المُسمَّى. ثمَّ إنَّه لم يُعلَم من كلام "الفتح"[1] الحكمُ في هذه الصُّورِ الثَّلاث، وقال "ط"[2]: ((والظَّاهرُ أنَّه عند تَعذُّرِ إيجابِ العُقرِ يجبُ لكلٍّ الأقلُّ من المُسمَّى ومهرِ مثلها)).

قلت: وفيه نظرٌ؛ لأنَّ ذلك تنقيصٌ لحقِّهما وتركٌ لبعضِ المُتيقَّن؛ إذ لا شكَّ أنَّ فيهما ذاتَ نكاحٍ صحيحٍ ولها المُسمَّى كاملاً، ولا سيَّما إذا اتَّحَدَ المُسمَّيان، على أنَّه لم يُعلَمْ منه حكمُ ما إذا لم يَتعذَّرْ إيجابٌ لعُقرٍ، بل الذي يظهرُ ما قرَّرَهُ شيخُنا حفظه الله تعالى، وهو أنَّه حيث جُهِلَ ذاتُ الصَّحيح منهما وذاتُ الفاسد، وكان لإحداهما المُسمَّى وللأخرى العُقرُ

٢

(قولُهُ: وأمَّا قولُ "الفتح" إلخ) لا يُناسبُ التعبيرُ بقوله: ((وأمَّا))؛ لعدم تقدُّم ما يقابلُها في كلامه إلاَّ أنْ يُجعلَ مقابلُها محذوفاً معلوماً ممَّا سبَقَ، فكأنَّه قال: فقولُ "الفتح": ((ويجب حملُهُ إلخ)) صحيحٌ لا نظرَ فيه بعد تقييده بما إذا اتَّحد مهرُ مثلِهما، وأمَّا إلخ.

(قولُهُ: فلا يتعذَّرُ إيجابُ العُقْرِ؛ لأنَّه إلخ) فيه أنَّ مُرادَ "الفتح" بتعذُّر إيجاب العُقْر تعذُّرُه من حيثُ تعيُّنه لإحداهُما لا مُجرَّدُ تعذُّر تقديره، كما يدلُّ عليه قوله: ((إذْ ليست إحداهُما إلخ))

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٢٤.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/٢٠.

ومنه يُعلَمُ حكمُ دخولِهِ بواحدةٍ. (وكذا الحكمُ فيما جَمَعَهما من المحارمِ) في نكاحٍ.

أنْ يأخذا[1] المُتيقَّنَ ويَقتَسِمانه بينهما في الصُّورِ الأربعِ، فإذا اتَّحَدَ كلٌّ من المُسمَّيَينِ والمهرين يُعطَيان أحدَ المُسمَّيَينِ [٣/ق٣٤٤/أ] وأحدَ المهرين، وإذا اتَّحَدَ الأوَّلان فقط يُعطَيان أحدَ المُسمَّيَينِ وأقلَّ المهرين، وإذا اختلَفَ الأوَّلان فقط يُعطَيان أقلَّ المُسمَّيَينِ وأحدَ المهرين، وإذا اختلَفَ الأوَّلان والأخيران يُعطَيان أقلَّ المُسمَّيَينِ وأقلَّ المهرين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

٢٨٧/١

[١١٣٨٠] (قولُهُ: ومنه يُعلَمُ حكمُ دخولِهِ بواحدةٍ) يعني: أنَّ المدخولَ بها يجبُ لها نصفُ المُسمَّى ونصفُ الأقلِّ من مهرِ المثل والمُسمَّى؛ لأنَّها إنْ كانت سابقةً وجَبَ لها جميعُ المُسمَّى، وإنْ كانت متأخِّرةً وجَبَ لها الأقلُّ من مهر المثل والمُسمَّى، فتأخذُ نصفَ كلٍّ منهما، وغيرُ المدخول بها يجبُ لها ربعُ المُسمَّى؛ لأنَّها إنْ كانت سابقةً وجَبَ لها نصفُ المُسمَّى، وإنْ كانت متأخِّرةً لا يجبُ لها شيءٌ، فيَتَنصَّفُ النِّصفُ. اهـ "ح"[2].

قلت: وهذا الذي ذكرَهُ "الشَّارحُ" مأخوذٌ من "الشُّرُنبلاليَّة"[3]، ويجبُ تقييدُهُ بما إذا دخَلَ بإحداهما مع إقرارِهِ بأنَّه لا يَعلَمُ أيُّهما أسبقُ نكاحاً؟ أمَّا لو دخَلَ بإحداهما على وجهِ البيان فإنَّه يُقضَى بنكاحِها كما قدَّمناه[4] عن "شرح درر البحار" وغيره، وحينئذٍ فيجبُ لها جميعُ المُسمَّى لها، ويُفرَّقُ بينه وبين الأخرى، ولا شيءَ لها؛ لأنَّه ظهَرَ أنَّها المتأخِّرةُ، فيكونُ نكاحُها باطلاً، وقد مَرَّ أنَّ الباطل لا يجبُ فيه المهرُ إلاَّ بالدُّخول.

[١١٣٨١] (قولُهُ: وكذا إلخ) الأحسنُ قولُ "الزَّيلعيِّ"[5]: ((وكلُّ ما ذكرنا من الأحكامِ بين الأختين فهو الحكمُ بين كلِّ مَنْ لا يجوزُ جمعُهُ من المحارم)).

---

(١) في "الأصل" و"آ": ((يأخذ)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٦/ب.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ١/٣٣١ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) المقولة [١١٣٦٦] قوله: ((ونسي الأول)).

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/١٠٥.

(و) حَرُمَ (نكاحُ) المولى (أَمَتَهُ و) العبدِ (سيِّدَتَهُ) لأنَّ المملوكيَّة تُنافي المالكيَّةَ، نعم لو فعَلَهُ المولى احتياطاً كان حسناً،..

[١١٣٨٢] (قولُهُ: وحَرُمَ نكاحُ المولى أَمَتَهُ إلخ) أي: ولو ملَكَ بعضَها، وكذا المرأةُ لو لم تَملِكْ سوى سهمٍ واحدٍ منه، "فتح"[(١)]. زاد في "الجوهرة"[(٢)]: ((وكذا إذا ملَكَ أحدُهما صاحبَهُ أو بعضَهُ فسَدَ النِّكاحُ، وأمَّا المأذونُ والمُدبَّرُ إذا اشتَرَيا زوجتَهما لم يَفسُدِ النِّكاحُ؛ لأنَّهما لا يَملِكانها بالعقدِ، وكذا المكاتبُ؛ لأنَّه لا يَملِكُها بالعقدِ، وإنما يثبُتُ له فيها حقُّ الملك، وكذا قال "أبو حنيفة" فيمن اشتَرَى زوجتَهُ وهو فيها بالخيار: لم يَفسُدْ نكاحُها، على أصلِهِ أنَّ خيار المشتري لا يُدخِلُ المبيعَ في ملكِهِ)) اهـ.

[١١٣٨٣] (قولُهُ: لأنَّ المملوكيَّةَ[(٣)] إلخ) علَّةٌ للمسألتين، قال في "الفتح"[(٤)]: ((لأنَّ النِّكاح ما شُرِعَ إلاَّ مُثمِراً ثمراتٍ مشتركةً في الملكِ بين المتناكحَيْنِ، منها ما تَختَصُّ هي بملكِهِ كالنَّفقةِ والسُّكنى والقَسْمِ والمنعِ من العَزْلِ إلاَّ بإذنٍ، ومنها ما يَختَصُّ هو بملكِهِ [٣/ق٣٤/ب] كوجوبِ التَّمكينِ والقرارِ في المنزل والتَّحصينِ[(٥)] عن غيرِهِ، ومنها ما يكونُ الملكُ في كلٍّ منها مشتركاً كالاستمتاعِ مجامعةً ومباشرةً والولدِ في حقِّ الإضافةِ، والمملوكيَّةُ تُنافي المالِكيَّةَ، فقد نافَتْ لازمَ عَقْدِ النِّكاح، ومُنافي اللاَّزمِ مُنافٍ للملزوم، وبه سقَطَ ما قيل: يجوزُ كونُها مملوكةً من وجهِ الرِّقِّ مالكةً من جهةِ النِّكاح؛ لأنَّ الفرض أنَّ لازمَ النِّكاحِ مِلكُ كلٍّ واحدٍ لِما ذكرنا على الخُلوصِ، والرِّقُّ يَمنَعُهُ)).

٢

[١١٣٨٤] (قولُهُ: نَعَمْ لو فعَلَهُ إلخ) يشيرُ إلى أنَّ المراد بالحرمةِ في قوله: ((وحَرُمَ)) مطلقُ المنعِ لا خصوصُ ما يَتبادَرُ منها من المنعِ على وجهٍ يترتَّبُ عليه الإثمُ، وإلاَّ امتنَعَ فعلُ الحرامِ للتَّنزُّهِ

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٤.

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٢/٧١.

(٣) في "ب": ((لأن المملوكية علّة إلخ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٣٤.

(٥) في "ب" و"م": ((التحصُّن)).

....

عن أمرٍ موهومٍ في تَزَوُّجِ السيِّدِ أَمَتَهُ، أو المرادُ بها نفيُ وجودِ العَقْدِ الشَّرعيِّ المُثمِرِ لثمراتِهِ كما يشيرُ إليه ما مرَّ[١] عن "الفتح"، وهذا معنى ما في "الجوهرة"[٢]، وكذا في "البحر"[٣] عن "المضمرات": ((المرادُ بِهِ في أحكامِ النِّكاحِ من ثبوتِ المهرِ في ذِمَّةِ المولى وبقاءِ النِّكاحِ بعدَ الإعتاقِ ووقوعِ الطَّلاق عليها وغيرِ ذلك، أمَّا إذا تَزَوَّجَها مُتنزِّهاً عن وطئِها حراماً على سبيلِ الاحتمال فهو حسنٌ؛ لاحتمالِ أنْ تكون حُرَّةً أو مُعتَقةَ الغير أو محلوفاً عليها بعتقِها وقد حَنِثَ الحالفُ، وكثيراً ما يقعُ، لا سيَّما إذا تداوَلَتْها الأيدي)) اهـ.

مطلبٌ في وطءِ السَّراري اللاتي يُؤخَذن غنيمةً في زماننا

قلت: ولا سيَّما السَّراري اللاتي يُؤخَذْنَ غنيمةً في زماننا للتَّيقُّنِ بعدم قسمةِ الغنيمة، فيبقى فيهنَّ حقُّ أصحابِ الخُمُس وبقيَّةِ الغانمين، وما ذكرَهُ "الشَّارح" في الجهاد[٤] عن المفتي "أبي السُّعود": ((من أنَّه في زمانِهِ وقَعَ من السُّلطانِ التَّنفيلُ العامُّ، فبعدَ إعطاءِ الخمس لا تبقى شبهةٌ في حِلِّ وطئِهنَّ)) اهـ فهو غيرُ مفيدٍ:

أمَّا أوَّلاً فلأنَّ التَّنفيلَ العامَّ غيرُ صحيحٍ، سواءٌ شرَطَ فيه السُّلطانُ أخذَ الخمسِ أوْ لا؛ لأنَّ فيه إبطالَ السِّهامِ المقدَّرةِ كما نَصَّ على ذلك الإمامُ "السَّرخسيُّ" في "شرح السِّيَر الكبير"[٥].

وأمَّا ثانياً فلأنَّ تنفيلَ سلطانِ زمانِهِ لا يبقى إلى زمانِنا.

وأمَّا ثالثاً فلأنَّه نَفَى الشُّبهةَ بإعطاءِ الخمس، ومن المعلومِ في زماننا أنَّ كلَّ مَن وَصَلَتْ يدُهُ من العسكرِ إلى شيءٍ يأخذُهُ ولا يُعطِي خمسَهُ، فينبغي أنْ يكون [٣/ق٣٥/أ] العَقْدُ واجباً إذا عُلِمَ أنَّها مأخوذةٌ من الغنيمة، ولذا قال بعضُ الشَّافعيَّة[٦]: إنَّ وطءَ السَّراري اللاتي

---

(١) المقولة [١١٣٨٣] قوله: ((لأنَّ المملوكيَّة إلخ)).

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٢/٧٠.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٠٩.

(٤) انظر المقولة [١٩٧٩٠] قوله: ((وقع التنفيل الكلي)) وما بعدها.

(٥) "شرح السير الكبير": باب النَّفل وما كان للنبيِّ خالصاً ٢/٦١٥.

(٦) انظر "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج": كتاب السير ـ فصل في حكم الأسر وأموال أهل الحرب ٨/٧٢.

وفيه ما لا يخفى في عدمِ عَدِّها خامسةً ونحوِهِ من عدمِ الاحتياطِ[١]. (و) حَرُمَ نكاحُ (الوَثَنِيَّةِ) بالإجماعِ (وصَحَّ نكاحُ..

يُجلَبْنَ اليومَ من الرُّومِ والهندِ والتُّركِ حرامٌ.

وأمَّا قولُهُ في "الأشباه"[٢] بعدَ نقلِهِ ذلك عنه في قاعدةِ: الأصلُ في الأبضاعِ التَّحريم: ((إنَّ هذا وَرَعٌ لا حكمٌ لازمٌ، فإنَّ الجاريةَ المجهولةَ الحالِ المرجعُ فيها إلى صاحبِ اليدِ إنْ كانت صغيرةً، وإلى إقرارِها إنْ كانت كبيرةً، وإنْ عُلِمَ حالُها فلا إشكالَ)) اهـ فهذا إنما هو في غيرِ ما عُلِمَ أنَّها أُخِذَتْ من الغنيمةِ، أمَّا ما عُلِمَ فيها ذلك ففيها ما ذكرناه، لكنْ قد يقال: إنَّه يُحتَمَلُ أنْ تكونَ باعَها الإمامُ أو أحدٌ من العسكرِ وأجازَ الإمامُ بيعَهُ، أمَّا بدون ذلك فقد نَصَّ في "شرح السِّير الكبير"[٣] على: ((أنَّ بيع الغازي سهمَهُ قبل القسمةِ باطلٌ كإعتاقِهِ))، لكنَّ العَقْدَ عليها لا يَرفَعُ الشُّبهةَ؛ لأنَّها إذا كانت غنيمةً تكونُ مُشتَرَكةً بين الغانمين وأصحابِ الخمس، فلا يصحُّ تزويجُها نفسَها، بل الرَّافعُ للشُّبهةِ شراؤها من وكيلِ بيت المال أو التَّصدُّقُ بها على فقيرٍ ثمَّ شراؤها منه، وسيأتي[٤] إن شاء الله تعالى تمامُ تحريرِ هذه المسألة في الجهاد. ٢٨٨/٢

[١١٣٨٥] (قولُهُ: وفيه إلخ) هذا مأخوذٌ من "الشُّرُنبلاليَّة"[٥]، وقولُهُ: ((ونحوِهِ)) أي: كعدمِ القَسْمِ لها، وعدمِ إيقاعِ الطَّلاقِ عليها، وعدمِ ثُبوتِ نَسَبِ ولدِها بلا دعوى، لكن لا يخفى أنَّ الاحتياط في العَقْدِ عليها إنما هو عند احتمالِ عدمِ صحَّةِ الملك احتمالاً قويّاً ليَقَعَ الوطءُ حلالاً بلا شبهةٍ، ولا يَلزَمُ من العَقْدِ عليها لذلك أنْ لا يَعُدَّها على نفسِهِ خامسةً ونحوُهُ، بل نقول: ينبغي له الاحتياطُ في ذلك أيضاً.

[١١٣٨٦] (قولُهُ: وحَرُمَ نكاحُ الوثنيَّةِ) نسبةٌ إلى عبادةِ الوَثَنِ، وهو ما له جُثَّةٌ ـ أي: صورةُ

---

(١) من ((وفيه)) إلى ((الاحتياط)) ساقط من "و"، وعبارة "د": ((وفيه أنَّه لا احتياط في عدم عدِّها خامسةً ونحوه، تأمَّل)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول ـ القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك ـ قاعدة: الأصل في الأبضاع التحريم صـ٧٧ـ.

(٣) "شرح السير الكبير": باب الشراء فيمن يزيد وبيع السهام ١٢١٣/٤.

(٤) المقولة [١٩٧٩١] قوله: ((فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة)).

(٥) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٣/١ (هامش "الدرر والغرر").

كتابيَّةٍ)(١) ....

إنسانٍ من خشبٍ أو حَجَرٍ أو فِضَّةٍ أو جَوهَرٍ ـ تُنحَتُ، والجمعُ أوثانٌ. والصَّنَمُ: صورةٌ بلا جُثَّةٍ. هكذا فرَّقَ بينهما كثيرٌ من أهلِ اللُّغةِ، وقيل: لا فرقَ، وقيل: يُطلَقُ الوَثَنُ على غيرِ الصُّورةِ، كذا في "البناية"(٢)، "نهر"(٣). وفي "الفتح"(٤): ((ويَدخُلُ في عبدةِ الأوثانِ عبدةُ الشَّمسِ والنُّجومِ والصُّورِ التي استَحسَنُوها، والمُعطِّلةُ، والزَّنادقةُ، والباطنيَّةُ، والإباحيَّةُ، وفي "شرح الوجيز": وكلُّ مذهبٍ يُكفَرُ به مُعتقِدُهُ)) اهـ.

قلت: وشَمِلَ ذلك الدُّرُوزَ والنُّصَيْرِيَّةَ والتَّيامنةَ، فلا تَحِلُّ مناكحتُهم، ولا تُؤكَلُ ذبيحتُهم؛ لأنَّهم ليس لهم كتابٌ سماويٌّ(٥)، وأفادَ بحرمةِ النِّكاحِ حرمةَ الوطءِ بملكِ اليمينِ كما يأتي(٦)، والمرادُ [٣/ق٣٠٥/ب] الحرمةُ على المسلم؛ لِما في "الخانيَّة"(٧): ((وتَحِلُّ المجوسيَّةُ والوثنيَّةُ لكلِّ كافرٍ إلاَّ المرتدَّ)).

[١١٣٨٧] (قولُهُ: كتابيَّةٍ) أطلَقَهُ فشَمِلَ الحربيَّةَ، والذمِّيَّةَ، والحُرَّةَ، والأَمَةَ، "ح"(٨)

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وصحَّ نكاحُ كتابيَّة إلخ، قال الشمنيُّ: ولو تزوَّج كتابية على مسلمة جاز، وقَسَمَ بينهما على السَّواء، انتهى. قال في "البحر": ذكر الإسبيجابيُّ أنَّ للمسلم منعَ الذميَّة إذا تزوَّجها من الخروج إلى الكنائس والبيع، وليس له إجبارُها على الغسل من الحيض والجنابة. وفي "الخانية": من فصل الجزية من السير: مسلمٌ له امرأةٌ ذميَّةٌ ليس له أن يمنعها عن اتخاذِ الخمر في المنزل، انتهى. وهو مُشْكِلٌ؛ لأنَّه وإنْ كان حلالاً عندها لكن يضرُّه. وله منعها ـ كمنع المسلمة ـ من أكل الثوم والبصل، وكذا قال الكركي في "الفيض" قبيل باب التيمم: أن المسلم له أن يمنع زوجته الذميَّةَ عن شرب الخمر كالمسلمة من أكل الثوم والبصل، وكان زوجها يكره ذلك، انتهى. وهذا هو الحقُّ كما لا يخفى)). ق١٥٣/ب.

(٢) "البناية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٤/٥٤٣ ـ ٥٤٤.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٧/أ.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٧.

(٥) نقول: هذا الحكمُ غيرُ متعلِّقٍ بمسمَّيات الطوائف، فالإسلام مظلةٌ عظيمةٌ تجمع تحتها كلَّ المؤمنين، فكلُّ مَنْ شهد أنَّه لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأنَّ محمداً رسول الله، وكان مؤمناً بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله تعالى، وكان معتقداً فرضية الصلاة والصيام والزكاة والحج، ولم يظهر منه ما ينقض ذلك أو إنكارٌ لشيءٍ مِمَّا عُلِمَ من الدِّين بالضَّرورةِ تجوزُ مناكحتُهُ وطعامه وشرابه وغيرُ ذلك، وتسري عليه كلُّ الأحكام التي يخاطب بها المسلمون المؤمنون، والحكم على واحدٍ من الناس بالكفر مبنيٌّ على التورُّع لا التسرُّع، والله تعالى الموفق للصواب.

(٦) "در" صـ١٥٣ـ.

(٧) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المحرمات ١/٣٦٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/أ.

وإنْ كُرِهَ تنزيهاً (مؤمنةٍ بنبيٍّ) مُرسَلٍ (مُقِرَّةٍ بكتابٍ) مُنزلٍ وإنِ اعتقدوا المسيحَ إلهاً، وكذا حِلُّ ذبيحتِهم..

عن "البحر"[1].

[١١٣٨٨] (قولُهُ: وإنْ كُرِهَ تنزيهاً) أي: سواءٌ كانت ذمِّيَّةً أو حربيَّةً، فإنَّ صاحب "البحر"[2] استظهَرَ: ((أنَّ الكراهةَ في الكتابيَّةِ الحربيَّةِ تنزيهيَّةٌ، فالذمِّيَّةُ أَولى)) اهـ "ح"[3].

قلت: علَّلَ ذلك في "البحر"[4]: ((بأنَّ التَّحريميَّةَ لا بدَّ لها من نهيٍ أو ما في معناه؛ لأنَّها في رتبةِ الواجب)) اهـ.

وفيه[5] أنَّ إطلاقَهم الكراهةَ في الحربيَّةِ يُفيدُ أنَّها تحريميَّةٌ والدَّليلُ عند المجتهدِ، على أنَّ التَّعليلَ يُفيدُ ذلك، ففي "الفتح"[6]: ((ويجوزُ تزوُّجُ الكتابيَّاتِ، والأَولى أنْ لا يفعلَ ولا يأكلَ ذبيحتَهم إلاَّ للضَّرورةِ، وتكرهُ الكتابيَّةُ الحربيَّةُ إجماعاً؛ لافتتاحِ باب الفتنة من إمكانِ التَّعلُّقِ المستدعِي للمُقامِ معها في دار الحرب وتعريضِ الولد على التَّخلُّقِ بأخلاقِ أهل الكفر وعلى الرِّقِّ، بأنْ تُسبَى وهي حبلى فيُولَدَ رقيقاً وإنْ كان مسلماً)) اهـ.

فقولُهُ: ((والأَولى أنْ لا يفعلَ)) يفيدُ كراهةَ التَّنزيهِ في غيرِ الحربيَّة، وما بعدَهُ يفيدُ كراهةَ التَّحريمِ في الحربيَّة، تأمَّل.

[١١٣٨٩] (قولُهُ: مُؤمنةٍ بنبيٍّ) تفسيرٌ للكتابيَّةِ لا تقييدٌ، "ح"[7].

[١١٣٩٠] (قولُهُ: مُقِرَّةٍ بكتابٍ) في "النَّهر"[8] عن "الزَّيلعيِّ"[9]: ((واعلم أنَّ مَن اعتقَدَ دِيْناً سماويّاً وله كتابٌ مُنزَلٌ كصُحُفِ إبراهيمَ وشيثَ وزَبُورِ داودَ فهو من أهل الكتاب،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١١.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١١.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٧.

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/أ.

(٨) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ١/١٦٧.

(٩) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٤/٥٤٣ ـ ٥٤٤.

على المذهبِ، "بحر" وفي "النهر": ((تجوزُ مناكحةُ المعتزلةِ؛ لأنَّا لا نُكفِّرُ أحداً من أهلِ القبلةِ وإنْ وقَعَ إلزاماً في المباحث))..............................

فتجوزُ مناكحتُهم وأكلُ ذبائحهم)).

[١١٣٩١] (قولُهُ: على المذهبِ) أي: خلافاً لِما في "المستصفى" من تقييدِ الحِلِّ بأنْ لا يَعتَقِدوا ذلك، ويُوافِقُهُ ما في "مبسوط شيخ الإسلام": ((يجبُ أنْ لا يأكلوا ذبائحَ أهلِ الكتاب إذا اعتَقَدُوا أنَّ المسيح إلهٌ وأنَّ عُزَيراً إلهٌ، ولا يَتزوَّجُوا نساءَهم، قيل: وعليه الفتوى، ولكنْ بالنَّظَرِ إلى الدَّليل ينبغي أنْ يجوزَ الأكلُ والتَّزوُّجُ)) اهـ.

قال في "البحر"[1]: ((وحاصلُهُ: أنَّ المذهبَ الإطلاقُ؛ لِما ذكَرَهُ "شمسُ الأئمَّة" في "المبسوط"[2]: من أنَّ ذبيحةَ النَّصرانيِّ حلالٌ مطلقاً، سواءٌ قال بثالثِ ثلاثةٍ أوْ لا؛ لإطلاقِ الكتاب هنا والدَّليلِ، ورجَّحَهُ في "فتح القدير"[3]: بأنَّ القائل بذلك طائفتان من اليهود والنَّصارى انقَرَضُوا لا كلُّهم، مع أنَّ مطلقَ لفظِ [٣/ق٣٦/أ] الشِّركِ إذا ذُكِرَ في لسانِ الشَّرع لا يَنصرِفُ إلى أهلِ الكتاب وإنْ صَحَّ لغةً في طائفةٍ أو طوائفَ؛ لِما عُهِدَ مِن إرادتِهِ بهِ مَن عَبَدَ مع الله تعالى غيرَهُ ممن لا يَدَّعي اتِّباعَ نبيٍّ وكتابٍ، إلى آخرِ ما ذكَرَهُ)) اهـ.

[١١٣٩٢] (قولُهُ: وفي "النَّهر"[4] إلخ) مأخوذٌ من الفتح[5] حيث قال: ((وأمَّا المعتزلةُ

(قولُهُ: وإنْ صحَّ لغةً في طائفةٍ أو طوائف إلخ) عبارةُ "الفتح" ـ عَقِبَ قوله: أو طوائف ـ: ((وأطلقَ لفظَ الفعل ـ أعني: يُشرِكُون ـ على فعلهم، كما أنَّ مَن رأى بعَمَله من المسلمين فلم يعمل إلاَّ لأجل زيدٍ يصحُّ في حقه: مُشرِكٌ لغةً، ولا يتبادرُ عند إطلاق الشَّارع لفظَ المُشرِك إرادتُه لِمَا عُهِدَ إلخ، تأمل)).

(قولُهُ: مأخوذٌ من "الفتح"؛ حيث قال: وأمَّا المعتزلةُ إلخ) وجعل "الرَّمليُّ" في "حاشية المنح"

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٠ ـ ١١١.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح ٤/٢١١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٥ باختصار.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٧/أ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٨.

....

فمُقتضَى الوجهِ حِلُّ مناكحتِهم؛ لأنَّ الحـقَّ عـدمُ تكفيرِ أهـل القبلـةِ وإنْ وقَـعَ إلزامـاً في المباحـثِ، بخلافِ مَن خالَفَ القواطـعَ المعلومـةَ بـالضَّرورةِ مـن الدِّين، مثـل القـائلِ بقِـدَمِ العـالَمِ ونفـيِ العِلْمِ بالجزئيَّات على ما صَرَّحَ به المحقِّقون. وأقول: وكذا القولُ بالإيجابِ بالذَّاتِ ونفيِ الاختيار)) اهـ.

وقولُهُ: ((وإنْ وقَعَ إلزاماً في المباحثِ)) معناه: وإنْ وقَـعَ التَّصريـحُ بكفرِ المعتزلـة ونحوِهـم عنـد البحثِ معهم في رَدِّ مذهبِهم بأنَّه كفرٌ، أي: يَلزَمُ من قولِهم بكذا الكفرُ، ولا يقتضي ذلـك كفرَهـم؛ لأنَّ لازمَ المذهب ليس بمذهبٍ، وأيضاً فإنَّهم ما قالوا ذلك إلاَّ لشبهةِ دليلٍ شرعيٍّ على زعمِهـم وإنْ أخطؤوا فيه ولَزِمَهم المحذورُ، على أنَّهم ليسوا بأدنى حالاً من أهل الكتاب، بل هـم مُقِرُّون بأشرفِ الكتب، ولعلَّ القائل بعدمِ حِلِّ مُناكَحَتِهِم يَحكُمُ بردَّتِهم بما اعتَقَدُوه، وهـو بعيـدٌ؛ لأنَّ ذلـك أصـلُ اعتقادِهم، فإنْ سُلِّمَ أنَّه كفرٌ لا يكونُ رِدَّةً، قال في "البحر"[1]: ((وينبغي أنَّ مَن اعتقَدَ مذهباً يُكفَرُ بـه إنْ كان قبلَ تقدُّمِ الاعتقادِ الصَّحيحِ فهو مُشرِكٌ، وإنْ طرَأَ عليه فهو مُرتَدٌّ)) اهـ.

وبهذا ظهَرَ أنَّ الرَّافضـيَّ إنْ كـان ممـن يَعتقِـدُ الأُلُوهيَّـةَ في "علـيٍّ"، أو أنَّ جـبريلَ غَلِـطَ في الوحيِ، أو كان يُنكِرُ صُحْبَةَ "الصِّدِّيق"، أو يَقذِفُ السيِّدةَ "الصِّدِّيقة" فهو كافرٌ؛ لمخالفتِهِ القواطـعَ المعلومةَ من الدِّين بالضَّرورة، بخلاف ما إذا كان يُفضِّلُ "عـليّاً" أو يَسُبُّ الصَّحابةَ فـإنَّـه مُبتدِعٌ ٢٨٩/٢

المُعتزليَّ والرَّافضيَّ بمنزلة أهل الكتاب حيث قال: ((قولُهُ: ((وصحَّ نكاحُ كتابيَّةٍ)) أقـول: يدخـلُ في هـذا الرَّافضةُ بأنواعها، والمعتزلةُ، فلا يجوزُ أن تتزوَّج المسلمةُ السُّنِّيةُ من الرَّافضيِّ؛ لأنَّهـا مسـلمةٌ وهـو كـافرٌ، فدخل تحت قولهم: لا يصحُّ تزوُّجُ مُسلمةٍ بكافرٍ)) اهـ.

وقال "الرُّستُغفُنِيُّ": ((لا تصحُّ المُناكحةُ بين أهل السُّنَّة والاعتزال)) اهـ. فالرَّافضةُ مثلُهُم أو أقبـحُ، و"الرَّمليُّ" جعلَهم من قبيل أهل الكتاب؛ فيجوزُ نكاحُ نسائِهم، ولا يُزوَّجون، ولعلَّه أعدلُ الأقوال؛ لأنَّه لا يُشكُّ في كُفْرِ الرَّافضة)) اهـ "سندي".

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٠.

(لا) يصحُّ نكاحُ (عابدةِ كوكبٍ لا كتابَ لها) ولا وطؤها بِمِلْكِ يمينٍ.............

لا كافرٌ كما أوضحتُهُ في كتابي "تنبيه الولاة والحُكّام، على أحكام شاتِمِ خيرِ الأنام، أو أحدِ أصحابه الكرام، عليه وعليهم الصَّلاة والسَّلام"(١).

(تنبيهٌ)

قيل: لا تجوزُ مُناكَحَةُ مَن يقول: أنا مؤمنٌ إن شاء الله تعالى؛ لأنَّه كافرٌ. قال في "البحر"(٢): ((إنَّه محمولٌ على مَن يقولُهُ شكّاً في إيمانِهِ، والشَّافعيَّةُ لا يقولون [٣/ق٣٦/ب] بذلك، فتجوزُ المناكحةُ بيننا وبينهم بلا شبهةٍ)) اهـ.

وحقَّقَ ذلك في "الفتح"(٣): ((بأنَّ الشَّافعيَّةَ يريدون به إيمانَ الموافاةِ كما صرَّحُوا به، وهو الذي يُقبَضُ عليه العبدُ، وهو إخبارٌ عن نفسِهِ بفعلٍ في المستقبل أو استصحابِهِ إليه، فيتعلَّقُ به قولُهُ تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ۝٢٣ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ﴾ [الكهف ـ ٢٣]، غيرَ أنَّه عندنا خلافُ الأَولى؛ لأنَّ تعويدَ النَّفس بالجزمِ في مثلِهِ ليصيرَ مَلَكةً خيرٌ من إدخالِ أداةِ التَّردُّدِ في أنَّه هل يكونُ مؤمناً عند الموافاة أوْ لا؟)) اهـ.

[١١٣٩٣] (قولُهُ: لا عابدةِ كوكبٍ لا كتابَ لها) هذا معنى الصَّابئةِ المذكورة في المتون على أحدِ التَّفسيرين فيها، قال في "الهداية"(٤): ((ويجوزُ تزوُّجُ الصَّابئاتِ إن كانوا يؤمنون بدينِ نبيٍّ ويُقِرُّون بكتابٍ؛ لأنَّهم من أهلِ الكتاب، وإنْ كانوا يَعبُدُون الكواكبَ ولا كتابَ لهم لم تَجُزْ مُناكَحَتُهم؛ لأنَّهم مُشرِكون، والخلافُ المنقولُ فيه محمولٌ على اشتباهِ مذهبِهم، فكلٌّ أجابَ على ما وقَعَ عنده، وعلى هذا حالُ ذبيحتِهم)) اهـ. أي: الخلافِ بين "الإمام" القائلِ بالحِلِّ ـ بناءً على تفسيرِهِ بأنَّ لهم كتاباً ولكنَّهم يُعظِّمُون الكواكبَ كتعظيمِ المسلمِ الكعبةَ ـ وبين صاحبيه القائلَيْنِ بعدمِ الحِلِّ بناءً على أنَّهم يَعبُدُون الكواكبَ.

---

(١) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٣١٤/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٠/٣ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣٧/٣ ـ ١٣٨ باختصار.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١٩٣/١.

(والمجوسيَّةِ والوثنيَّةِ) هذا ساقطٌ من نسخِ الشَّرحِ ثابتٌ في نسخِ المتنِ، وهو عطفٌ على ((عابدةِ كوكبٍ))، وقولُهُ: (والمُحرِمةِ) بحجٍّ أو عمرةٍ..................

قال في "الفتح"[1]: ((فلو اتُّفِقَ على تفسيرِهم اتُّفِقَ على الحكمِ فيهم))، قال في "البحر"[2]: ((وظاهرُ "الهداية"[3]: أنَّ مَنْعَ مُناكَحَتِهم مُقيَّدٌ بقيدين: عبادةِ الكواكب وعدمِ الكتاب، فلو كانوا يَعبُدُون الكواكبَ ولهم كتابٌ تجوزُ مُناكَحَتُهم، وهو قولُ بعضِ المشايخ، زعموا أنَّ عبادةَ الكواكب لا تُخرِجُهم عن كونِهم أهلَ كتابٍ، والصَّحيحُ أنَّهم إنْ كانوا يَعبُدُونها حقيقةً فليسوا أهلَ كتابٍ، وإنْ كانوا يُعظِّمُونها كتعظيمِ المسلمين للكعبةِ[4] فهم أهلُ كتابٍ، كذا في "المجتبى")) اهـ.

فعلى هذا فقولُ "المصنِّف": ((لا كتابَ لها)) لا مفهوم له، لكنَّ ما مَرَّ[5] من حِلِّ النَّصرانيَّةِ وإن اعتَقَدَتِ المسيحَ إلهاً يُؤيِّدُ قولَ بعض المشايخ كما أفادَهُ في "النَّهر"[6].

[١١٣٩٤] (قولُهُ: والمجوسيَّةِ) نسبةٌ إلى مَجُوسٍ، وهم عَبَدةُ النَّارِ، وعدمُ جوازِ نكاحِهم ـ ولو بِملكِ يمينٍ ـ مُجمَعٌ عليه عند الأئمَّةِ الأربعةِ خلافاً لـ "داودَ"، بناءً على أنَّه [٣/ق٣٧/أ] كان لهم كتابٌ ورُفِعَ، وتمامُهُ في "الفتح"[7].

[١١٣٩٥] (قولُهُ: هذا ساقطٌ إلخ) فيه اعتذارٌ عن تكرارِ الوثنيَّةِ ودفعُ إيهامِ العطف في ((المُحرِمةِ)).

(قولُهُ: نسبةٌ إلى مَجُوس إلخ) هذا باعتبار العُرْف، وإلاَّ فالَّذي في "القاموس": ((مجوس: رجلٌ صغيرُ الأُذُنَيْن، وضَعَ دِيناً ودَعَا إليه)).

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٨.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١١.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١/١٩٣.

(٤) في "آ": ((الكعبة)).

(٥) المقولة [١١٣٩١] قوله: ((على المذهب)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٧/أ.

(٧) انظر "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٣٦-١٣٧.

(ولو بِمُحرِمٍ) عطفٌ على ((كتابيَّةٍ))، فتنبَّهْ (والأَمَةِ ولو) كانت (كتابيَّةً أو مع طَوْلِ الحرَّةِ[(١)]) الأصلُ عندنا أنَّ كلَّ وطءٍ يَحِلُّ بِمِلْكِ يمينٍ يَحِلُّ بنكاحٍ، وما لا فلا (وإنْ كُرِهَ) تحريماً في المُحرِمةِ وتنزيهاً في الأَمَةِ (وحُرَّةٍ على أَمَةٍ..................

[١١٣٩٦] (قولُهُ: ولو بِمُحرِمٍ) المناسبُ: لِمُحرِمٍ باللام؛ لأنَّ النِّكاحَ المقدَّرَ في المعطوفِ عليه لا يتعدَّى بالباء، إلاَّ أنْ يُدَّعَى تضمُّنُه معنى التَّزوُّجِ، فإنَّه يتعدَّى بالباءِ في لغةٍ قليلةٍ.

[١١٣٩٧] (قولُهُ: أو مَعَ طَوْلِ الحُرَّةِ) أي: مع القدرةِ على مهرِها ونفقتِها، وهو بالفتح في الأصلِ: الفضلُ، ويُعدَّى بـ: على و إلى، فطَوْلُ الحُرَّةِ مُتَّسَعٌ فيه بحذفِ الصِّلة ثمَّ الإضافةِ إلى المفعولِ على ما أشارَ إليه "المُطرِّزيُّ"[(٢)]، "قهستاني"[(٣)].

[١١٣٩٨] (قولُهُ: الأصلُ إلخ) قد يُناقَشُ فيه بالأَمَةِ المملوكةِ بعدَ الحُرَّة، فإنَّه يجوزُ وطؤُها مِلكاً، ولا يجوزُ أنْ يَنكِحَ الأَمَةَ على الحُرَّةِ، "ط"[(٤)].

[١١٣٩٩] (قولُهُ: تحريماً في المُحرِمةِ وتنزيهاً في الأَمَةِ) أمَّا الثَّاني فهو ما استظهَرَهُ في "البحر"[(٥)] من كلام "البدائع"[(٦)]، ومثلُهُ في "القهستانيِّ"[(٧)]، وأيَّدَهُ بقولِ "المبسوط"[(٨)]: ((والأَولى أنْ لا يَفعَلَ)).

(قولُهُ: قد يُناقَشُ فيه بالأَمَة المملُوكة إلخ) قد يُجابُ عنه: بأنَّ كلامَنا إنَّما هو فيمن يتزوَّجُ بها منفردةً، وهناك إنَّما نَهَى عن الجَمْع بين المعقودتَيْن اهـ "سندي".

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: مع طول الحرة، قال في "القاموس": والطَّوْل والطائل: الفضل والقدرة والغنى والسَّعة)). ق١٥٣/ب.

(٢) "المغرب": مادة((طول)).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٥/١.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٢/٣.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه ـ فصل: ومنها أن لا تكون المرأة مشركة إذا كان الرجل مسلماً ٢٧٠/٢.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح ٢٧٥/١.

(٨) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الإماء والعبيد ١٠٨/٥.

....

وأمَّا الأوَّلُ فهو ما فَهِمَهُ في "النَّهر"[١] من كلام "الفتح"[٢]، وهو فهمٌ في غيرِ محلِّهِ، فإنَّه في "الفتح" ذكَرَ دليلَ المسألة لنا، وهو ما أخرَجَهُ "السِّتَّةُ" عن "ابن عبَّاسٍ": ((تزوَّجَ رسولُ الله ﷺ "ميمونةَ" وهو مُحرِمٌ، وبَنَى بها وهو حلالٌ[٣]))، وذكَرَ دليلَ الأئمَّةِ الثَّلاثةِ، وهو ما أخرَجَهُ "الجماعةُ" إلاَّ "البخاريَّ" من قوله ﷺ: ((لا يَنكِحُ المُحرِمُ ولا يُنكِحُ))[٤]، أي: بفتحِ الياء في الأوَّلِ وضمِّها في الثَّاني مع كسرِ الكاف، ومَن فتَحَها في الثَّاني فقد صحَّفَ، "بحر"[٥]. زاد "مسلمٌ"[٦]: ((ولا يَخطِبُ))، ثمَّ أجاب بترجيحِ الأوَّلِ من وجوهٍ، ثمَّ أجابَ على تسليمِ التَّعارُضِ بـ: ((حملِ الثَّاني إمَّا على نهيِ التَّحريم والنِّكاحُ فيه للوطءِ، أو على نهيِ الكراهيةِ جمعاً بين الدَّلائل، وذلك لأنَّ المُحرِمَ في شُغلٍ عن مباشرةِ عقودِ الأنكحة؛

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٧/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٣٩/٣.

(٣) أخرجه البخاري (٥١١٤) كتاب النكاح ـ باب نكاح المحرم، ومسلم (١٤١٠) كتاب النكاح ـ باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، وأبو دواد (١٨٤٤) كتاب الحج ـ باب في المحرم يتزوج، والترمذي (٨٤٤) كتاب الحج ـ باب ما جاء في الرُّخصة في ذلك، والنسائي ١٩١/٥ كتاب المناسك ـ باب الرُّخصة في النكاح للمحرم، وابن ماجه (١٩٦٥) كتاب النكاح ـ باب المحرم يتزوج، وأحمد ٢٢١/١، وابن حبان (٤١٣٣). كلُّهم من حديث ابن عباس.

(٤) أخرجه أحمد ٥٧/١، ومالك في "الموطأ" ٢٨٣/١، ومسلم (١٤٠٩) (٤١) كتاب النكاح ـ باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، وأبو داود (١٨٤١) و(١٨٤٢) كتاب المناسك ـ باب المحرم يتزوج، والترمذي (٨٤٠) كتاب الحج ـ باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ١٩٢/٥ كتاب المناسك ـ باب النهي في النكاح للمحرم، وابن ماجه (١٩٦٦) كتاب النكاح ـ باب المحرم يتزوج، والدارمي ٤٦٦/١ (١٧٦٧) كتاب المناسك ـ باب في ترويج المحرم، وابن حبان (٤١٢٦) و(٤١٢٧) و(٤١٢٨) كتاب النكاح ـ باب حرمة المناكحة، والطَّحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٦٨/٢ كتاب مناسك الحج ـ باب نكاح المحرم، كلهم من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٢/٣ بتصرف.

(٦) في "صحيحه" (١٤٠٩) كتاب النكاح ـ باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه.

لا) يصحُّ (عكسُهُ...

لأنَّ ذلك يُوجِبُ شغلَ قلبِهِ عن إحسانِ العبادة؛ لِما فيه من خِطبةٍ ومُراوداتٍ ودعوةٍ واجتماعاتٍ، ويتضمَّنُ تنبيهَ النَّفسِ لطلبِ الجماع، وهذا مَحمَلُ قوله: ((ولا يَخطِبُ))، ولا يَلزَمُ كونُهُ ﷺ باشَرَ المكروهَ؛ لأنَّ المعنى المنوطَ بِهِ الكراهةُ هو عليه الصَّلاة والسَّلام مُنزَّهٌ عنه، ولا بُعْدَ في اختلافِ حكمٍ في حقِّنا وحقِّهِ لاختلافِ المناط فينا وفيه كالوِصالِ، نهانا عنه [٣/ق٣٧/ب] وفعَلَهُ)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّ ((لا يَنكِحُ)) إنْ كان المرادُ به الوطءَ فالنَّهيُ للتَّحريم ــ وهذا قطعيٌّ لا شبهةَ فيه ـ أو العَقْدَ فالنَّهيُ للكراهيةِ[1]، وما ذكرَهُ من الوجهِ لا يقتضي كراهةَ التَّحريم، وإلاَّ حَرُمَ تجارةُ المُحرِمِ في الإماءِ، فإنَّ فيه أيضاً شُغلَ القلبِ وتنبيهَ النَّفسِ للجِماع، ويُؤيِّدُهُ قولُه: ((وهذا مَحمَلُ قولِهِ: ((ولا يَخطُبُ)))، على أنَّه قد صرَّحَ في "شرح درر البحار"[2]: ((بأنَّ النَّهيَ للتَّنزيهِ))، وقولُ "الكنز"[3]: ((وحَلَّ تزوُّجُ الكتابيَّةِ والصابئةِ والمحرِمةِ)) صريحٌ في ذلك، فإنَّ المكروه تحريماً لا يَحِلُّ، فافهم. ٢/٢٩٠

[١١٤٠٠] (قولُهُ: لا يَصِحُّ عكسُهُ) أي: ولا جَمْعُهما في عَقْدٍ واحدٍ، بل يصحُّ في الجمعِ نكاحُ الحُرَّةِ لا الأَمَةِ كما صَرَّحَ به "الزَّيلعيُّ"[4] وغيرُهُ، وما في "الأشباه"[5] في قاعدةِ: إذا اجتمَعَ الحلالُ والحرامُ: ((من أنَّه يَبطُلُ فيهما)) سَبْقُ قلمٍ.

هذا، وحرمةُ إدخالِ الأَمَةِ على الحُرَّةِ إذا كان نكاحُ الحُرَّةِ صحيحاً، فلو دخَلَ بالحُرَّةِ بنكاحٍ فاسدٍ لا يُمنَعُ نكاحُ الأَمَةِ، "شُرُنبلاليَّة"[6].

---

(١) في "آ": ((للكراهة)).

(٢) "غرر الأذكار شرح درر البحار": كتاب النكاح ـ ذكر المحرمات ق١٩٣/أ.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٤٢/١.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٢/٢.

(٥) "الأشباه والنظائر": النوع الثاني من القواعد ـ القاعدة الثالثة إذا اجتمع الحلال والحرام صـ١٢٦ـ.

(٦) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

ولو) أمَّ ولدٍ (في عِدَّةِ حُرَّةٍ) ولو مـن بـائنٍ (وصَحَّ لـو راجَعَهـا) أي: الأَمَـةَ (علـى حُرَّةٍ[1]) لبقاءِ المِلْكِ.

(ولو تزَوَّجَ أربعاً من الإماءِ وخمساً من الحرائرِ في عقـدٍ) واحـدٍ (صَحَّ نكـاحُ الإماءِ) لبطلانِ الخمسِ...

(فرعٌ)

تزوَّجَ أَمَةً بلا إذنِ مولاها، ولم يَدخُلْ حتّى تزوَّجَ حُرَّةً، ثمَّ أجـازَ المولى لم يَجُزْ؛ لأنَّ الحِلَّ إنما يَثبُتُ عند الإجازةِ، فكانت في حكمِ الإنشاءِ، فيصيرُ مُتزوِّجاً أَمَـةً على حُـرَّةٍ، ولـو تزوَّجَ ابنتَها الحُرَّةَ قبل الإجازةِ جازَ؛ لأنَّ النّكاحَ الموقوفَ عدمٌ في حقِّ الحِلِّ، فلا يَمنَعُ نكاحَ غيرِها، "بحر"[2] عن "المحيط" ملخَّصاً.

[١١٤٠١] (قولُهُ: ولو أُمَّ ولدٍ) شَمِلَ المُدبَّرةَ والمكاتبةَ كما في "البحر"[3].

[١١٤٠٢] (قولُهُ: في عِدَّةِ حُرَّةٍ) مِن مدخولِ المبالغة، أي: ولو في عِدَّةِ حُرَّةٍ.

[١١٤٠٣] (قولُهُ: ولو مِن بائنٍ) أشار به إلى خلافِ قولهما بجـوازِهِ، واتّفقـوا على المنعِ في الرَّجعيِّ.

[١١٤٠٤] (قولُهُ: لبقاءِ المِلْكِ) أي: ملكِ نكاحِ الأَمَةِ لأنَّها لم تَخـرُجْ بـالطَّلاقِ الرَّجعـيِّ عن النّكاحِ، فالحُرَّةُ هي الدَّاخلةُ على الأَمَةِ.

[١١٤٠٥] (قولُهُ: في عَقْدٍ واحدٍ) أي: على التّسعِ، "ح"[4].

[١١٤٠٦] (قولُهُ: لبُطلانِ الخَمْسِ) مُفادُهُ أنَّه لـو كانت الحرائرُ أربعاً صَحَّ فيهنَّ وبطَـلَ

(قولُهُ: شَمِلَ إلخ) أي: لفظ الأَمَة.

---

(١) في "و": ((حرمة))، وهو خطأ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٢/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٣/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/أ بتصرف.

(و) صَحَّ (نكاحُ أربعٍ من الحرائرِ والإماءِ فقط للحُرِّ) لا أكثرَ (وله التَّسَرِّي بما شاء مِن الإماءِ) فلو له أربعٌ وألفُ سُرِّيَّةٍ، وأرادَ شراءَ أخرى فلامَهُ رجلٌ خِيْفَ عليه الكفرُ، ولو أرادَ التَّسَرِّيَ[1] فقالت امرأتُهُ: أَقتُلُ نفسي لا يمتنعُ؛ لأنَّه مشروعٌ، لكنْ لو تَرَكَ لئلا يَغُمَّها يُؤجَرُ؛..

في الإماء كما في جمعِ الحُرَّةِ مع الأَمَةِ بعَقْدٍ واحدٍ، يُوضِحُهُ ما نقَلَهُ "الرَّحمتيُّ" عن "كافي الحاكم": ((أنَّ أصل ذلك أنَّه يُنظَرُ في نكاحِ الحرائرِ، فإنْ كان جائزاً لو كُنَّ وحدَهنَّ أَجَزْتَهُ وأَبطَلْتَ نكاحَ الإماء، وإنْ كان غيرَ جائزٍ أَبطَلْتَهُ وأَجَزْتَ نكاحَ الإماء إنْ كان يجوزُ لو كُنَّ وحدَهنَّ)) اهـ.

قلت: ويستفادُ منه ما لو [٣/ق٣٨/أ] كان جملةُ الحرائرِ والإماءِ لم تَزِدْ على أربعٍ فإنَّه يجوزُ في الحرائرِ فقط، وهو صريحُ ما ذكرناه[2] آنفاً عند قوله: ((لا يَصِحُّ عكسُهُ)).

[١١٤٠٧] (قولُهُ: سُرِّيَّةٍ) نسبةٌ إلى السِّرِّ وهو النِّكاحُ ـ والتُزِمَ ضمُّ السِّينِ كضمِّ الدَّالِ في دُهريَّةٍ نسبةً إلى الدَّهْرِ ـ أو إلى السُّرُورِ لحصولِهِ بها، "ط"[3].

[١١٤٠٨] (قولُهُ: خِيفَ عليه الكفرُ) لقولِه تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون ـ ٦]، "بزَّازيَّة"[4]. ومقتضاه أنَّ مثلَهُ لو لامَهُ على التَّزوُّجِ على امرأتِهِ، وما فرَّقَ به في "البحر"[5]: ((من أنَّ في الجمع بين الحرائرِ مَشقَّةً بسببِ وجوبِ العدل بينهما بخلافِ الجمع بين السَّراري، فإنَّه لا قَسْمَ بينهنَّ)) مما لا أثرَ له مع النَّصِّ،

---

(١) ((التسري)) ساقطة من "ب" و"و" و"ط".

(٢) المقولة [١١٤٠٠] قوله: ((لا يصحُّ عكسه)).

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢٢/٢.

(٤) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن عشر في الحظر والإباحة ١٥٥/٤ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٣/٣.

لحديثِ: ((مَن رَقَّ لأمَّتي رَقَّ ا لله له))، "بزَّازيَّة"(١). (ونِصْفُها للعبدِ) ولو مدبَّراً....

"نهر"(٢)، أي: لأنَّ النَّصَّ نَفَى اللَّوْمَ عن الجهتين، وقد يقال: إنَّ المتبادرَ من اللَّوْمِ على التَّسرِّي هو اللَّوْمُ على أصلِ الفعل بخلاف اللَّوْمِ على تَزَوُّجِ أخرى، فإنَّ المتبادر منه اللَّوْمُ على ما يَلحَقُهُ من خوفِ الجَوْرِ لا على أصلِ الفعل، فيكونُ عملاً بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء-٣]، فهذا وجهُ ما فَرَّقَ به في "البحر"(٣) أخذاً من تنصيصِهم على اللَّوْمِ على التَّسرِّي فقط.

والتَّحقيقُ: أنَّه إنْ أرادَ اللَّوْمَ على أصلِ الفعل بمعنى: أنَّكَ فعلتَ أمراً قبيحاً فهو كافرٌ في الموضعين، وإنْ كان بمعنى: أنَّكَ فعلتَ ما تركُهُ لك أولى لِما يَلحَقُكَ من التَّعبِ في النَّفقةِ، وكثرةِ العيال، وإضرارِ الزَّوجةِ بالتَّسرِّي أو بالتَّزوُّجِ عليها ونحوِ ذلك فلا كفرَ في الموضعين، وإنْ لم يُلاحِظْ شيئاً من المعنيين فلا كفرَ في الموضعين أيضاً، لكنْ قالوا: يُخشَى عليه الكفرُ في الأوَّلِ؛ لأنَّ المتبادر منه اللَّوْمُ على أصلِ الفعل دون الثَّاني لتبادُرِ خلافِهِ كما قلنا، هذا ما ظهَرَ لي، وا لله تعالى أعلم، فافهم.

[١١٤٠٩] (قولُهُ: لحديثِ: ((مَن رَقَّ لأمَّتي))(٤) أي: رَحِمَها ((رَقَّ ا لله له))، أي: أثابَهُ وأحسَنَ إليه، "ط"(٥).

[١١٤١٠] (قولُهُ: ولو مُدبَّراً) مثلُهُ المكاتبُ وابنُ أمِّ الولدِ الذي من غيرِ مولاها كما في "الغاية"، "ط"(٦).

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن عشر في الحظر والإباحة ٤/١٥٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية") وفيها: ((من رقَّ لأنثى رقَّ ا لله له)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٨/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٣.

(٤) أخرجه القُضاعي في "مسنده" ١/٢٤١، وابن أبي الدُّنيا في "ذمِّ الغضب" كما في "الكنز" (٥٤١٠) كلاهما من حديث عائشة رضي ا لله عنها، وأخرجه أحمد ٦/٦٢ ـ ٢٦٠، وإسحاق بن راهويه في "مسنده" ٢/٥٣٧، والطَّبرانيّ في "مسند الشاميين" ٢/١٦٠-١٦١ بلفظ: ((اللهم من رفق بأمتي فارفق به، ومن شق على أمتي فشق عليه)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/٢٢.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/٢٢.

(ويَمتنِعُ عليه غيرُ ذلك) فلا يَحِلُّ له التَّسَرِّي أصلاً؛ لأنَّه لا يَملِكُ إلاَّ الطَّلاقَ.

(و) صَحَّ نكاحُ (حُبلى مِن زنًا لا) حُبلى (مِن غيرِهِ) أي: الزِّنا؛ لثُبُوتِ نسبِهِ ولو من حربيٍّ أو سيِّدِها...

[١١٤١١] (قولُهُ: ويَمتنِعُ عليه) أي: على العبدِ ولو مُكاتَباً كما في "البحر"[١].

[١١٤١٢] (قولُهُ: أصلاً) أي: وإنْ أَذِنَ له به المولى.

[١١٤١٣] (قولُهُ: لأنَّه لا يَملِكُ) أي: في هذا البابِ ((إلاَّ الطَّلاقَ))، فلا يُنافي أنَّه يَملِكُ غيرَهُ كالإقرارِ على نفسِهِ ونحوِهِ.

[١١٤١٤] (قولُهُ: وصَحَّ نكاحُ حبلى من زنًا) أي: عندهما، وقال "أبو يوسف": لا يصحُّ، والفتوى على قولهما [٣/ق٣٨/ب] كما في "القهستانيِّ"[٢] عن "المحيط"، وذكَرَ "التُّمُرتاشيُّ": ((أنها لا نفقةَ لها))، وقيل: لها ذلك، والأوَّلُ أرجحُ؛ لأنَّ المانعَ من الوطءِ من جِهَتِها بخلافِ الحيضِ؛ لأنَّه سماويٌّ، "بحر"[٣] عن "الفتح"[٤].

[١١٤١٥] (قولُهُ: لا حبلى من غيرِهِ إلخ) شَمِلَ الحبلى من نكاحٍ صحيحٍ، أو فاسدٍ، أو وطءِ شبهةٍ، أو مِلكِ يمينٍ، وما لو كان الحملُ[٥] من مسلمٍ أو ذمِّيٍّ أو حربيٍّ.

[١١٤١٦] (قولُهُ: لثُبُوتِ نَسَبِهِ) فهي في العِدَّةِ، ونكاحُ المُعتدَّةِ لا يصحُّ، "ط"[٦].

[١١٤١٧] (قولُهُ: ولو من حَرْبيٍّ) كالمُهاجرةِ والمَسْبيَّةِ، وعن "أبي حنيفة": أنَّه يصحُّ، وصحَّحَ "الزَّيلعيُّ"[٧] المنعَ، وهو المعتمدُ، وفي "الفتح"[٨]: ((أنَّه ظاهرُ المذهب))، "بحر"[٩].

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/ ١١٣.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ١/ ٢٧٥.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/ ١١٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/ ١٤٥.

(٥) في "م": ((الحبل))، وفي "ب": ((الحل)) وهو خطأ.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/ ٢٣.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/ ١١٣.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/ ١٤٦.

(٩) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/ ١١٤ بتصرف.

المُقِرِّ به (وإنْ حَرُمَ وطؤُها) ودواعيه (حتّى تَضَعَ)........................

[١١٤١٨] (قولُهُ: المُقِرِّ بِهِ) بكسر القاف، أشار به إلى أنَّ ما في "الهداية"[١] من قولـه: ((ولـو زَوَّجَ أُمَّ ولدِهِ وهي حاملٌ منه فالنِّكاحُ باطلٌ)) محمولٌ على ما إذا أَقَرَّ به لقولِـهِ: ((وهـي حـاملٌ منه))، قال في "النَّهر"[٢]: ((قال في "التَّوشيح": فعلى هذا ينبغي أنَّه لو زَوَّجَها بعد العِلْم قبلَ اعترافِهِ به أنَّه يجوزُ النِّكاحُ، ويكونُ نَفْياً.

أقول: ومِن هنا قد علمتَ أنَّه لو زَوَّجَ غيرَ أُمِّ ولدِهِ وهي حاملٌ يجوزُ؛ لأنَّه كان نَفْياً فيما لا يَتوقَّفُ على الدَّعوى، ففيما يَتوقَّفُ عليها أَولى)) اهـ.

٢/٢٩١

[١١٤١٩] (قولُهُ: ودواعيهِ) قال في "البحر"[٣]: ((وحكمُ الدَّواعي على قولِهما كـالوطءِ كما في "النِّهاية")) اهـ.

قال "ح"[٤]: ((والذي في نفقاتِ "البحر"[٥] جوازُ الدَّواعي، فليُحرَّر)) اهـ.

قلت: والذي في النَّفقات: ((أنَّ زوجةَ الصَّغيرِ لو أنفقَ عليها أبوه، ثمَّ وَلَدَتْ واعـتَرَفَتْ أنَّها حبلى من الزِّنا لا تَرُدُّ شيئاً من النَّفقة؛ لأنَّ الحَبَلَ من الزِّنا إنْ منَعَ الوطءَ لا يَمنَعُ من دواعيه)) اهـ.

فيمكنُ الفَرْقُ بأنَّ ما هنا فيمن كانت حبلى من الزِّنا ثمَّ تَزَوَّجَها، وما في النَّفقاتِ في الزَّوجةِ

(قولُهُ: فيمكنُ الفَرْقُ بأنَّ ما هنا فيمن كانت حُبْلى من الزِّنا إلخ) ما ذَكَره من الفَرْق ممَّا لا أَثَرَ له؛ إذ الزَّوجيَّةُ متحقِّقةٌ عند فِعْل الدَّواعي في المسألتَيْن، فلعلَّ في المسـألة روايتَيْن، وأيضـاً قولـه في النَّفقـات: ((لأنَّ الحبَلَ إلخ)) قضيَّةٌ عامَّةٌ تشمَلُهما وإن كانت مَسُوقةً تعليلاً لمسألة مـا إذا حَبِلَـت الزَّوجـةُ علـى مـا فَهِمهُ، وما ذَكَرُوه لحُرْمة الوطء من الدَّليل لا يدُلُّ على حُرْمة الدَّواعي، فلعلَّ المُعتمدَ ما في النَّفَقات، ثـمَّ رأيتُ في "الفتح" ما يدُلُّ على تحقُّق الخلاف في نَفْس الوطء فتكونُ الدَّواعي كذلك بالأَولى؛ حيثُ قال: ((وكما لا يُباحُ وَطْؤها لاتُباحُ دواعيه، وقيل: لا بأس بوطئها)).

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١/١٩٥.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٨/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٤.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/أ.

(٥) "البحر": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٤/١٩٦.

متَّصِلٌ بالمسألةِ الأُولى؛ لئلاَّ يسقيَ ماؤُهُ زَرْعَ غيرِهِ؛ إذ الشَّعْرُ ينبُتُ منه.

(فروعٌ) لو نكَحَها الزَّاني حَلَّ له وطؤُها.........................

إذا حَمَلَتْ[١] من الزِّنا، فتأمَّل. ولا يمكنُ الجوابُ بأنَّ ما في النَّفقات على قولِ "الإمام" بدليلِ قول "البحر"[٢] هنا: ((على قولِهما))؛ لأنَّ الضَّمير في ((قولِهما)) يعودُ إلى "أبي حنيفة" و"محمَّدٍ" القائلَيْنِ بصحَّةِ النِّكاح، وأمَّا "أبو يوسف" فلا يقولُ بصحَّتِهِ من أصلِهِ، فافهم.

[١١٤٢٠] (قولُهُ: مُتَّصِلٌ بالمسألةِ الأُولى) الضَّمير في ((مُتَّصِلٌ)) عائدٌ على قول "المصنِّف": ((وإنْ حَرُمَ وطؤُها حتَّى تَضَعَ))، فافهم.

[١١٤٢١] (قولُهُ: إذ الشَّعَرُ يَنبُتُ منه) المرادُ ازديادُ نباتِ الشَّعَرِ لا أصلُ نباتِهِ، ولذا قال في "التَّبيين"[٣] و"الكافي"[٤]: ((لأنَّ به يزدادُ سَمعُهُ وبصرُهُ حِدَّةً كما جاءَ في الخبرِ)) اهـ.

وهذه حكمتُهُ، وإلاَّ فالمرادُ المنعُ من الوطءِ؛ لما في "الفتح"[٥]: ((قال رسولُ الله ﷺ [٣/ق٣٩/أ]: « لا يَحِلُّ لامرئٍ يُؤمِنُ بالله واليوم الآخرِ أنْ يسقيَ ماؤُهُ زرعَ غيرِهِ »، يعني: إتيانَ الحَبالى، رواه "أبو داود" و"التِّرمذيُّ"، وقال: حديثٌ حسنٌ[٦])) اهـ "شُرُنبلاليَّة"[٧].

---

(١) في "آ" و"ب" و"م": ((حبلت)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٤/٣.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٣/٢.

(٤) "كافي النسفي": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٠٥/أ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٤٦/٣.

(٦) أخرجه أبو داود (٢١٥٨) كتاب النكاح ـ باب وطء السبايا، والترمذي (١١٣١) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، وأخرجه أحمد ١٠٨/٤، والطبراني في "الكبير" ٢٦/٥-٢٨، وفي "الأوسط" (٣٢١٥)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٢٤/٩ كتاب السير ـ باب المرأة تسبى مع زوجها، وابن الجارود في "المنتقى" ١٨٢/١، وابن عبد البر في "التمهيد" ١٤٢/٣-١٤٣، و٢٧٩/١٨، كلهم من حديث رويفع بن ثابت ﷺ، وفي الباب عن أبي الدرداء، وابن عباس، والعرباض بن سارية، وأبي سعيد ﷺ.

(٧) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

اتِّفاقاً، والولدُ له، ولَزِمَهُ النَّفقةُ، ولو زَوَّجَ أَمَتَهُ أو أمَّ ولـدِهِ الحاملَ بعدَ علمِهِ قبلَ إقرارِهِ به جاز، وكان نفياً دلالةً، "نهر"[١] عن "التَّوشيح".

(و) صَحَّ نكاحُ (الموطوءةِ بِمِلْكِ) يمينٍ، ولا يَستبرِئُها زوجُها..................

[١١٤٢٢] (قولُهُ: اتِّفاقاً) أي: منهما ومن "أبي يوسف"، فالخلافُ السَّابقُ في غيرِ الزَّاني كما في "الفتح"[٢] وغيرِهِ.

[١١٤٢٣] (قولُهُ: والولدُ لـه) أي: إنْ جاءَتْ بعد النِّكاحِ به لستَّةِ أشهرٍ، "مختارات النَّوازل"[٣]. فلو لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ النِّكاحِ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ، ولا يَرِثُ منـه إلاَّ أنْ يقولَ: هذا الولدُ مني، ولا يقولَ: من الزِّنا، "خانيَّة"[٤].

والظَّاهرُ: أنَّ هذا من حيث القضاءُ، أمَّا من حيث الدِّيانةُ فلا يجوزُ لـه أنْ يَدَّعِيَـهُ؛ لأنَّ الشَّرعَ قطَعَ نَسَبَهُ منه، فلا يَحِلُّ له استِلْحاقُهُ به، ولذا لو صرَّحَ بأنَّه من الزِّنا لا يَثْبُـتُ قضـاءً أيضاً، وإنَّما يَثْبُتُ لو لم يُصرِّح؛ لاحتمالِ كونِهِ بعَقْدٍ سابقٍ أو بشبهةٍ حملاً لحالِ المسـلم على الصَّلاحِ، وكذا ثبوتُهُ مطلقاً إذا جاءَتْ بِهِ لستَّةِ أشهرٍ من النِّكاحِ؛ لاحتمالِ عُلُوقِهِ بعد العَقْـدِ وأنَّ ما قبلَ العَقْدِ كان انتفاخاً لا حملاً، ويُحتاطُ[٥] في إثباتِ النَّسَبِ ما أمكَنَ.

مطلبٌ فيما لو زَوَّجَ المولى أَمَتَهُ

[١١٤٢٤] (قولُهُ: ولو زَوَّجَ أَمَتَهُ إلخ) هذا محترزُ قوله: ((المُقِرِّ به)) كما أوضحناه قبلُ.

[١١٤٢٥] (قولُهُ: ولا يَستبريها زوجُهـا) أي: لا استحباباً ولا وجوبـاً عندهمـا، وقـال "محمَّدٌ": لا أُحِبُّ أنْ يَطَأَها قبل أنْ يَستبرِيَها؛ لأنَّه احتَمِلَ الشُّغلُ بماءِ المولى، فـوجَبَ التَّنزُّهُ

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٦٨/أ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٤٦/٣.

(٣) "مختارات النوازل": كتاب النكاح ـ فصل: رجلٌ زنى بامرأةٍ فحبلت منه ق٥١/أ.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المحرمات ٣٧١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في "آ": ((ويحتاج)).

....

كما في الشِّراء، "هداية"[١]. وقال "أبو اللَّيث": ((قولُهُ أقربُ إلى الاحتياط، وبه نأخذُ))،"بنايـة"[٢]. ووَفَّقَ في "النِّهايةِ" بـ: ((أنَّ "محمَّداً" إنما نَفَى الاستحبابَ، وهما أثبَتَا الجوازَ بدونه، فلا مُعارَضَـةَ))، واعتَرَضَهُ في "البحر"[٣]: ((بأنَّه خلافُ ما في "الهدايـة"[٤]))، لكـن استحسَنَهُ في "النَّهـر"[٥]: ((بأنَّـه لا ينبغي التَّردُّدُ في نفسِ الاستبراء على قولٍ))، قال: ((وبه يُستغنَى عن ترجيحِ قولِ "محمَّدٍ")).

قلت: إذا كان الصَّحيحُ وجوبَ الاستبراءِ على المولى يَسُوغُ نفيُ استحبابِهِ عن الزَّوجِ؛ لحصولِ المقصود، نعم لو عَلِمَ أنَّ المولى لم يَستبرِئْها لا ينبغي التَّردُّدُ في استحبابِهِ لـلزَّوج، بـل لو قيل بوجوبِهِ لم يَبعُدْ، ويُقرِّبُهُ أنَّه في "الفتح"[٦] حَمَلَ قولَ "محمَّـدٍ": ((لا أُحِـبُّ)) علـى أنَّـه يجبُ؛ لتعليلِهِ باحتمالِ الشُّغلِ بماءِ المولى، فإنَّه يدلُّ علـى الوجـوب، وقـال: ((فـإنَّ المُتقدِّمـين كثيراً ما يُطلِقُون: أكرهُ كذا[٧] في التَّحريمِ أو كراهةِ التَّحريم، وأُحِبُّ في مُقابِلِهِ)) اهـ.

(قولُهُ: إنَّما نَفَى الاستحبابَ إلخ) السين والتَّاء زائدتـان أي: نَفَـى محبَّـةَ أنْ يَطأَهـا قبـل الاستبراء؛ حيثُ قال: ((لا أُحبُّ إلخ)).

(قولُهُ: في "الفتح": ((حُمِلَ قولُ مُحمَّدٍ: ((لا أحبُّ)) على أنه يجبُ لتعليله باحتمـال الشُّـغْل بمـاء المَوْلى؛ فإنَّه يدُلُّ على الوجوب إلخ))) أُورِدَ أنَّ التَّوهُّمَ لا يصلُحُ علَّةً للوجوب بل للنَّدْب، كما في غسـل اليدين عَقِبَ النَّوْم؛ لتوهُّم النَّجاسة، وأجيب: بأنَّ ذلك في غير الفُرُوج، أمَّا فيها فالمَعهُودُ فيه جَعْلُ مُتعلَّق الوجوب، كما في وُجُوب الاستبراء اهـ))، من"الفتح".

---

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٩٥.

(٢) "البناية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٤/٥٦٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٤.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٩٥.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٨/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٤٨.

(٧) في "ب" و"م": ((هذا)).

بل سيِّدُها وجوباً على الصَّحيح، "ذخيرة" (أو) الموطوءةِ (بزنا) أي: جازَ نكاحُ مَن رآها تزني، وله وطؤُها بلا استبراءٍ، وأمَّا قولُهُ تعالى:﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ﴾ [النور ـ ٣]

قلت: وأصرحُ من ذلك قول "الهداية"[١]: ((لأنّه احتُمِلَ الشُّغلُ بماءِ المولى، فوجَبَ التّنزُّهُ كما في الشِّراء)) [٣/ق٣٩/ب] اهـ، ومثلُهُ في "مختارات النَّوازل"[٢].

[١١٤٢٦] (قولُهُ: بل سيِّدُها) أي: بل يَستبرِئُها سيِّدُها وجوباً في الصَّحيح، وإليه مالَ "السَّرخسيُّ"، وهذا إذا أرادَ أنْ يُزوِّجَها وكان يَطَؤُها، فلو أراد بيعَها يُستحَبُّ، والفَرْقُ أنّه في البيعِ يجبُ على المشتري فيحصلُ المقصودُ، فلا معنى لإيجابِهِ على البائع، وفي "المنتقى": ((عن "أبي حنيفة": أكرهُ أنْ يبيعَ مَن كان يَطَؤُها حتَّى يَستبرِئَها))، "ذخيرة".

[١١٤٢٧] (قولُهُ: وله وَطْؤُها بلا استبراءٍ) أي: عندهما، وقال "محمَّدٌ": لا أحبُّ له أنْ يَطَأَها ما لم يَستبرِئْها، "هداية"[٣]. والظَّاهرُ أنَّ التَّرجيحَ المارَّ يأتي هنا أيضاً، ولذا جزَمَ في "النَّهر"[٤] هنا بالنَّدب، إلاَّ أنْ يُفرَّقَ بأنَّ ماء الزِّنا لا اعتبارَ له.

بقي: لو ظهَرَ بها حَمْلٌ يكونُ من الزَّوج؛ لأنَّ الفراش له، فلا يقال: إنَّه يكونُ ساقياً زرعَ غيرِهِ، لكن هذا ما لم تَلِدْهُ لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ العَقْدِ، فلو وَلَدَتْهُ لأقلَّ لم يصحَّ العَقْدُ كما صرَّحُوا بِهِ، أي: لاحتمالِ عُلُوقِهِ من غيرِ الزِّنا بأنْ يكونَ بشبهةٍ، فلا يَرِدُ صحَّةُ تزوُّجِ الحُبْلى من زنًا، تأمَّل.

(قولُهُ: إلاَّ أنْ يُفرَّق بأنَّ ماءَ الزِّنا لا اعتبارَ له إلخ) نعم وإنْ كان لا اعتبارَ بماء الزِّنا إلاَّ أنَّها يَحتملُ أنَّها عَلِقَت منه، فإذا جامعها الزَّوجُ وأتت بولدٍ لستَّة أشهرٍ يُنسبُ إليه مع أنَّه في الحقيقة على هذا الاحتمال من الزِّنا، فيُندبُ الاستبراءُ لدَفْع هذا الاحتمال؛ إذ تَوهُّمُ الشُّغْل بماء الزِّنا مُتحقِّقٌ بل لو قال قائلٌ بالوجوب لا يَبْعُدُ نظيرُ ما مرَّ عن "الفتح" في تزويج الأمة الموطوءة، وهذا يُؤيِّدُ ما يأتي عن "الوهبانيَّة" من وجوب استبراء الزَّوجة الزَّانية.

---

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٩٥.

(٢) "مختارات النوازل": كتاب النكاح ـ فصل: رجلٌ زنى بامرأةٍ فحبلت منه ق٥١/أ.

(٣) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٩٥.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٨/ب.

فمنسوخٌ بآيةِ ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء ـ ٣]، وفي آخرِ حظرِ "المجتبى": ((لا يجبُ على الزّوج..

[١١٤٢٨] (قولُهُ: فمنسوخٌ بآيةِ ﴿فَٱنكِحُواْ﴾ إلخ) قال في "البحر"[1]: ((بدليلِ الحديث: أنَّ رجلاً أتى النبيَّ ﷺ فقال: يا رسول الله، إنَّ امرأتي لا تَدفَعُ يَدَ لامِسٍ، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام: ((طَلِّقْها))، فقال: إنّي أُحِبُّها وهي جميلةٌ، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام: ((استمتِعْ بها))[2])).

(قولُهُ: قال في "البحر": بدليل الحديث إلخ) في "الزَّيلعيِّ" بعد ذِكْرِ الاستدلال بالحديث على النَّسْخ ما نصُّه: ((أو المرادُ بالنِّكاح في الآية الوطءُ يعني ـ والله أعلم ـ: الزَّانيةُ لا يَطؤُها إلاَّ زانٍ في حال الزِّنا، والدَّليلُ عليه أنَّه قال: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوۡ مُشۡرِكٞۚ﴾ ولا يَحلُّ للزَّانية المسلمة أن تتزوَّج بمشركٍ ولو كان المرادُ العقدُ لجاز، ويجوزُ أنْ يكونَ معنى الآية إخباراً عن رغبةِ كلٍّ واحدٍ من الزَّاني والزَّانية في الآخر على معنى: أنَّ الزَّاني الفاسقَ لا يرغبُ إلاَّ في نكاحِ مِثْلِه، وقيل: منسوخةٌ بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾، وبقوله: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ اهـ)).

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٤ـ١١٥.

(٢) أخرجه النسائي ٦/١٧٠ كتاب الطلاق ـ باب في الخلع، و"الكبرى" (٥٣٣٨) كتاب النكاح ـ باب تحريم تزويج الزانية، من طريق النضر بن شميل عن حماد بن سلمة عن هارون بن رئاب عن عبد الله بن عبيد بن عمير عن ابن عباس مرفوعاً فذكره، قال النسائي: هذا خطأ والصواب مرسل، خالفه يزيد بن هارون، ثم أخرجه عن يزيد (ح) والبيهقي ٧/١٥٤ عن أبي عمر الضرير كلاهما عن حماد ثنا عبد الكريم بن أبي المخارق، وهارون عن عبد الله ـ قال حماد ـ قال أحدهما عن ابن عباس لكن رواه الرامهرمزي في "المحدث الفاصل" صـ٢٤٠ـ من طريق أبي داود الطيالسي عن حماد مسنداً وهذا خطأ، وأخرجه الشافعي صـ٢٨٩ـ كما في "مسنده" عن ابن عيينة (ح) وعبد الرزاق (١٢٣٦٥) عن معمر كلاهما عن هارون مرسلاً، قال النسائي: هذا الحديث ليس بثابت وعبد الكريم بن أبي المخارق ليس بالقوي، وهارون أثبت منه وقد أرسل الحديث، وهارون ثقة وحديثه أولى بالصواب.

وقال ابن حجر في "الإصابة" ٣/٦٠٦ وروى الطبري ومطيّن وابن قانع وابن منده وغيرهم من طريق الثوري عن عبد الكريم الجزري عن أبي الزبير عن هشام مولى رسول الله ﷺ فذكره، قال ابن حجر: ورواه عبيد الله بن عمرو الرقي عن عبد الكريم عن أبي الزبير عن جابر وكأنه سلك سبيل الجادة اهـ وكذلك رواه موسى بن أعين كالرقي أخرجه البيهقي ٧/١٥٥، والطبراني في "الأوسط" (٤٧٠٧)، وأخرجه ابن عدي في "الكامل" ٦/٤٣٥ من طريق معقل بن عبيد الله عن أبي الزبير، به، وأعله أبو حاتم برواية معمر والثوري، وأخرجه أبو داود (٢٠٤٩)، والنسائي ٦/١٧٠ من طريق عكرمة عن ابن عباس نحوه مرفوعاً، وصححه النووي، وقال ابن كثير: هذا إسناد جيد.

والذي نرجحه ما ذهب إليه الحافظ ابن كثير من أن المراد أن سجيتها لا تردُّ يد لامس، لا أنَّ المراد أنّها تفعل =

تطليقُ الفاجرةِ، ولا عليها تَسْريحُ الفاجرِ، إلاَّ إذا خافا أنْ لا يُقِيما حدودَ ا للهِ، فلا بأس أنْ يتفرَّقا))، فما في "الوهبانيَّة" ضعيفٌ كما بسَطَهُ "المصنِّف"...............

[١١٤٢٩] (قولُهُ: تَطْليقُ الفاجرةِ) الفُجُورُ: العصيانُ كما في "المغرب"[(١)].

[١١٤٣٠] (قولُهُ: ولا عليها) أي: بأنْ تُسِيءَ عِشْرتَهُ، أو تَبذُلَ له مالاً ليُخالِعَها.

[١١٤٣١] (قولُهُ: إلاَّ إذا خافا) استثناءٌ منقطعٌ؛ لأنَّ التَّفريقَ حينئذٍ مندوبٌ بقرينةِ قولِه: ((فلا بأس))، لكنْ سيأتي[(٢)] أوَّلَ الطَّلاق: ((أنَّه يُستحَبُّ لو مُؤذِيةً أو تاركةَ صلاةٍ، ويجبُ لو فاتَ الإمساكُ بالمعروف))، فالظَّاهرُ أنَّه استعمَلَ ((لا بأس)) هنا للوجوبِ اقتداءً بقولِه تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة ـ ٢٢٩]، فإنَّ نَفْيَ البأسِ في معنى نَفْيِ الجُناح، فافهم.

٢٩٢/٢

[١١٤٣٢] (قولُهُ: فما في "الوهبانيَّة"[(٣)] إلخ) تفريعٌ على قولِهِ: ((وله وَطْؤُها بلا استبراء))، قال "المصنِّفُ" في "المنح"[(٤)]: ((فإنْ قلت: يُشكِلُ على ما تقدَّمَ ما في "شرح النَّظْم الوهبانيِّ"[(٥)]: من أنَّه لو زَنَتْ زوجتُهُ لا يَقرَبُها حتى تحيضَ لاحتمالِ عُلُوقِها من الزِّنا، فلا يَسقي ماؤُهُ زرعَ غيرِهِ، وصرَّحَ النَّاظمُ بحرمةِ وطئِها حتَّى تحيضَ وتَطهُرَ، [٣/ق٤٠/أ] وهو يَمنَعُ من حملِهِ على قول "محمَّدٍ"، فإنَّه إنَّما يقولُ بالاستحباب. قلت: ما ذكرَهُ في "شرح النَّظم" ذكرَهُ في "النُّتفِ"[(٦)]،

(قولُ "الشَّارح": أن لا يُقيما حُدودَ ا للهِ إلخ) أي: مَواجبَ الزَّوجيَّة، كما فُسِّر به في الآية.

= الفاحشة؛ فإنَّ رسول ا لله ﷺ لا يأذن بمصاحبة من هذه صفتها فإنَّ زوجها والحالة هذه يكون ديوثاً، ولكن لما كانت سجيتها هكذا؛ أمره الشارع بفراقها، فلما ذكر أنَّه يحبها رخص له بالبقاء معها، لأنَّ محبته لها متحققة، ووقوع الفاحشة منها متوهم. انظر "تفسير ابن كثير": سورة النور ٣/٢٧٥.

(١) "المغرب": مادة((فجر)).

(٢) المقولة [١٢٩١٦] قوله: ((لو مؤذية أو تاركة صلاة)) وما بعدها.

(٣) "الوهبانية": فصل من كتاب الطلاق صـ٢٩ـ (هامش "المنظومة المحبية").

(٤) "المنح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/ق ١١٧/ب.

(٥) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الطلاق ق١٠٤/أ.

(٦) "النتف": ـ كما في "المنح" ـ لأبي عبيد شرف الدين قاسم بن حسين الغزنوي الدّمراجي(٨٠١هـ). ("كشف الظنون" ٢/١٩٢٥، و"الجواهر المضية" ٢/٧٠٤، و"تاج التراجم" صـ١٧٨ـ).

(و) صَحَّ نكاحُ (المضمومةِ إلى مُحرَّمةٍ، والمسمَّى) كلُّـهُ (لهـا) ولـو دخَـلَ بالمُحرَّمـةِ فلها مهرُ المثل..

وهو ضعيفٌ، قال في "البحر"[1]: لو تَزوَّجَ بامرأةِ الغيرِ عالماً بذلك ودخَلَ بها لا تجبُ العِـدَّةُ عليهـا، حتَّى لا يَحرُمُ على الزَّوجِ وطؤُها، وبه يُفتَى؛ لأنَّـه زنًـا، والمَزْنيُّ بهـا لا تَحرُمُ على زوجِهـا. نعم لـو وَطِئَها بشبهةٍ وجَبَ عليها العِدَّةُ وحَرُمَ على الزَّوجِ وطؤُها، ويمكنُ حملُ ما في "التَّتفِ" على هذا) اهـ.

[١١٤٣٣] (قولُهُ: والمضمومةِ إلى مُحرَّمةٍ) بالتَّشديد، كأنْ تزوَّجَ امرأتين في عَقْـدٍ واحـدٍ إحداهما محـلٌّ والأخـرى غـيرُ محـلٍّ؛ لكونِهـا مَحرَمـاً أو ذاتَ زوجٍ أو مُشـركةً؛ لأنَّ المُبطِـلَ في إحداهما، فيَتَقدَّرُ بقدره، بخلاف ما إذا جَمَعَ بين حُرٍّ وعبدٍ وباعَهما صفقـةً واحـدةً حيـث يَبطُلُ البيعُ في الكلِّ؛ لِما أنَّه يَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدة بخلافِ النِّكاح، "نهر"[2].

[١١٤٣٤] (قولُهُ: والمُسمَّى كلُّهُ لها) أي: للمُحلَّلةِ عند "الإمام" نظراً إلى أنَّ ضمَّ المُحرَّمةِ في عَقْدِ النِّكاح لغوٌ كضمِّ الجدارِ لعدمِ المحلِّيَّةِ، والانقسامُ مـن حكـمِ المسـاواة في الدُّخـولِ في العَقْدِ، ولم يَجب الحدُّ بوطءِ المُحرَّمـةِ؛ لأنَّ سـقوطَهُ مـن حكـمِ صـورةِ العَقْـدِ لا مـن حكـمِ انعقادِهِ، فليس قولُهُ بعدمِ الانقسام بناءً على عدمِ الدُّخولِ في العَقْدِ منافياً لقولِهِ بسقوطِ الحـدِّ لوجود صورةِ العَقْدِ كما تُوُهِّمَ، وعندهما يُقسَمُ على مهرِ مثليهما، وتمامُهُ في "البحر"[3].

[١١٤٣٥] (قولُهُ: فلها مهرُ المثلِ) أي: بالغاً ما بلَغَ كما في "المبسوط"[4]، وهو الأصحُّ، وما ذكرَهُ في "الزِّيادات": ((من أنَّه لا يُجاوزُ المُسـمَّى)) فهـو قولُهمـا كمـا في "التَّبيـين"[5]، وإنما وجَبَ بالغاً ما بلَغَ على ما في "المبسوط"[6] لأنَّها لم تَدخُلْ في العَقْدِ كما قدَّمناه[7] عن "البحر"، فلا اعتبارَ للتَّسميةِ أصلاً.

---

(١) "البحر": كتاب الطلاق ـ باب العدة ١٥١/٤.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٨/ب.

(٣) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٥/٣.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح ٢٠٢/٤.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٥/٢.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح ٢٠٢/٤.

(٧) في المقولة السابقة.

(وبطَلَ نكاحُ مِتْعةٍ[١] ومؤقّتٌ).......................................

فإنْ قلت: ما الفَرْقُ بينهما وبين ما إذا تـزوَّجَ أختين في عُقْـدةٍ واحـدةٍ ودخَـلَ بهمـا، حيث أوجبتُم لكلٍّ منهما الأقلَّ من مهرِ المثل والمُسمَّى؟!

قلت: هو أنَّ كلَّ واحدةٍ منهما محلٌّ لإيرادِ العَقْدِ عليهـا، وإنما الممتنـعُ الجمـعُ بينهمـا، فلذلك قلنا بدخولِهما في العَقْدِ بخلاف ما هنا، فإنَّ المُحرَّمة ليسـت محـلاً أصـلاً، وا لله تعـالى الموفِّق، "ح"[٢].

[١١٤٣٦] (قولُهُ: وبطَلَ نكاحُ مُتعةٍ ومُؤقَّتٌ) قال في "الفتح"[٣]: ((قال "شيخُ الإسـلام" في الفَرْقِ بينهمـا: أنْ يذكـرَ الوقـتَ بلفـظِ النِّكـاحِ [٣/ق٤٠/ب] والتَّزويجِ، وفي المتعـةِ: أَتَمتَّـعُ أو أستَمتِعُ اهـ، يعني: ما اشتمَلَ على مادَّةِ مُتعةٍ. والذي يظهرُ مَـع ذلك عدمُ اشتراطِ الشُّهودِ في المُتعة

(قولُهُ: أن يَذكرَ الوقتَ إلخ) عبارةُ "الفتح": ((الموقت)) بالميم قبل الواو.

(١) في "د" زيادة: ((قوله: متعة، قال الزيلعي: واشتهر عن ابن عباس تحليلها. وتبعه على ذلك أكـثر الصحابـة مـن أهـل اليمـن ومكة، وكان يستدلُّ على ذلك بقوله: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وعن عطاء أنه قال: سمعت جـابراً يقول: تمتعنا على عهد رسول ا لله ﷺ وأبي بكر ونصف من خلافة عمر، ثم نهى الناس عنه، وهو يحكى عـن أبـي سـعيد الخدري، وإليه ذهبت الشيعة، وخالفوا علياً وأكثر أصحابه، والحجة عليهم ما روي أنه عليه الصلاة والسلام حرّمها يوم الفتح. رواه مسلم، فثبت نسـخه. وقـال بعضهـم: نسـخت بقولـه تعـالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ وهي ليست من أزواجهم، بدليل انتفاء حكم النكاح عنها، وانتفـاء شـرطه مـن وجـوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والإرث وصحة الإيلاء والظهار والشـهود، ولا هـي مِمَّا ملكـت الأيمـان؛ فيجـب حفـظ الفرج والتباعد منها؛ إذ هي ليست من المستثناة، وعنه عليه الصلاة السلام أنه قال: ((كنت أذنت لكم في الاسـتمتاع مـن النِّساء وقد حرَّم ا لله تعالى ذلك إلى يوم القيامة)) رواه مسلم. والجـواب عمـا تلـوا مـن الآيـة أنَّ المـراد بالاسـتمتاع منهـنَّ النكاح، والمهر يسمى أجرة، قـال ا لله تعـالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. والجـواب عـن حديـث جابر: إنَّما كان يفعل ذلك مراراً من لم يبلغه الفسخ، ثم بلغهم فتركوه. انتهى ملخصاً، فليراجع)). ق١٥٤/أ.

نقول: ويروى رجوع سيدنا ابن عباس رضي ا لله عنهما إلى قول جمهور الصحابة، وا لله تعالى أعلم.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٤٩/٣.

....

وتعيينِ المدَّةِ، وفي المؤقَّتِ الشُّهودُ وتعيينُها، ولا شكَّ أنَّه لا دليلَ لهم على تعيينِ كونِ المُتعة الذي أُبيحَ ثمَّ حُرِّمَ هو ما اجتمعَ فيه مادَّةُ (م ت ع)؛ للقَطْعِ من الآثارِ بأنَّه «كان أُذِنَ لهم في المُتعة»، وليس معناه: أنَّ مَن باشَرَ هذا يَلزَمُهُ أنْ يُخاطِبَها بلفظِ: أَتَمتَّعُ ونحوِهِ؛ لِما عُرِفَ أنَّ اللَّفظ يُطلَقُ ويُرادُ معناه، فإذا قيل: تَمتَّعُوا فمعناه: أَوجَدُوا معنى هذا اللَّفظ، ومعناه المشهورُ أنْ يُوجدَ عَقْداً على امرأةٍ لا يُرادُ بِهِ مَقاصدُ عَقْدِ النِّكاح من القَرارِ للولد وتربيتِهِ، بل إلى مُدَّةٍ معيَّنةٍ ينتهي العَقْدُ بانتهائها، أو غيرِ مُعيَّنةٍ بمعنى بقاءِ العَقْد ما دام معها إلى أنْ يَنصرفَ عنها فلا عَقْدَ، فيَدخُلُ فيه ما بمادَّةِ المُتعةِ والنِّكاحِ المؤقَّتِ أيضاً، فيكونُ من أفرادِ المُتعة وإنْ عَقَدَ بلفظِ التَّزويجِ وأحضَرَ الشُّهودَ)) اهـ ملخَّصاً. وتَبِعَهُ في "البحر"[(١)] و"النَّهر"[(٢)].

ثمَّ ذَكَرَ في "الفتح"[(٣)] أدلَّةَ تحريمِ المُتعة، و ((أنَّه كان في حَجَّةِ الوداع، وكان تحريمَ تأبيدٍ لا خلافَ فيه بين الأئمَّةِ وعلماءِ الأمصار إلاَّ طائفةً من الشِّيعة، ونسبةُ الجوازِ إلى "مالكٍ" كما وقَعَ في "الهداية"[(٤)(٥)] غلطٌ))، ثمَّ رجَّحَ قولَ "زفر" بـ((صحَّةِ المؤقَّتِ على معنى أنَّه يَنعقِدُ مؤبَّداً ويلغو التَّوقيتُ؛ لأنَّ غايةَ الأمرِ أنَّ المؤقَّتَ مُتعةٌ وهو منسوخٌ، لكنَّ المنسوخ[(٦)] معناها الذي كانت الشَّرعيَّةُ[(٧)] عليه، وهو ما ينتهي العَقْدُ فيه بانتهاءِ المدَّةِ، فإلغاءُ شرطِ التَّوقيتِ أثرُ النَّسخ،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٥.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٨/ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٥١-١٥٢.

(٤) في "د" زيادة: ((لكن في المضمرات: لو أباح صار كافراً، وفي "العمادية": لو قضى: بجوازه لم يجز، لكن لا تعزير فيه ولا حدَّ ولا رجم ولا طلاق ولا إيلاء ولا إرث، وعن أبي حنيفة: لو قال: أتزوجك متعة ينعقد النكاح، ولغا قوله: متعة، كما في "الخانية" ذكره "القهستاني")). ق ١٥٤/أ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٩٥.

(٦) ((المنسوخ)) ساقطة من "آ".

(٧) في "م": ((الشريعة)).

وإنْ جُهِلَت المدَّةُ أو طالَتْ في الأصحِّ، وليس منه ما لو نكَحَها على أنْ يُطلِّقَها بعدَ شهرٍ،

وأقربُ نظيرٍ إليه نكاح الشِّغار، وهو أنْ يُجعَلَ بُضْعُ كلٍّ من المرأتين مهراً للأخرى، فإنَّه صَحَّ النَّهيُ عنه[1]، وقلنا: يصحُّ مُوجِباً لمهرِ المثل لكلٍّ منهما، فلم يَلزَمْنا النَّهيُ، بخلاف ما لو عَقَدَ بلفظِ المُتعةِ وأرادَ النِّكاحَ الصَّحيحَ المؤبَّدَ، فإنَّه لا يَنعقِدُ وإنْ حضَرَهُ الشُّهودُ؛ لأنَّه لا يُفيدُ مِلكَ المتعةِ كلفظ الإحلال، فإنَّ مَن أَحَلَّ لغيرِهِ طعاماً لا يَملِكُهُ، فلم يَصلُحْ مجازاً عن معنى النِّكاح كما مَرَّ[2]) اهـ ملخَّصاً.

[١١٤٣٧] (قولُهُ: وإنْ جُهِلَت المدَّةُ) كأنْ يَتزوَّجَها إلى أنْ يَنصرِفَ عنها كما تقدَّمَ[3]، "ح"[4].

[١١٤٣٨] (قولُهُ: أو طالَتْ في الأصحِّ) كأنْ [٣/ق٤١/أ] يَتزوَّجَها إلى مائتي سنةٍ، وهو ظاهرُ المذهب، وهو الصَّحيحُ كما في "المعراج"؛ لأنَّ التَّأقيت هو المعيِّنُ لجهةِ المُتعة، "بحر"[5].

[١١٤٣٩] (قولُهُ: وليس منه إلخ) لأنَّ اشتراطَ القاطعِ يدلُّ على انعقادِهِ مُؤبَّداً، وبطَلَ الشَّرطُ، "بحر"[6].

٢٩٣/١

---

(١) أخرجه مالك في "الموطأ" ٤/٤٢٢ كتاب النكاح ـ باب جامع ما لا يجوز من النكاح، وأحمد ٢/٧ـ١٩ـ٦٢، والبخاري (٥١١٢) كتاب النكاح ـ باب الشغار، ومسلم (١٤١٥) كتاب النكاح ـ باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، وأبو داود (٢٠٧٤) كتاب النكاح ـ باب في الشغار، والترمذي (١١٢٤) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي ٦/١١٠ـ١١١ كتاب النكاح ـ باب الشغار، و٦/١١٢ باب تفسير الشغار، وفي "الكبرى" (٥٤٩٤) كتاب النكاح ـ باب النهي عن الشغار، و(٥٤٩٧) باب تفسير الشغار، وابن ماجه (١٨٨٣) كتاب النكاح ـ باب النهي عن الشغار، والبيهقي في "السنن الكبرى": ٧/١٩٩ كتاب النكاح ـ باب جماع أبواب الأنكحة التي نهي عنها ـ باب الشغار، وأبو يعلى (٥٨١٩)، وابن عبد البر في "التمهيد" ١٤/٧٠، وأورده ابن حجر في "التلخيص الحبير" ٣/١٥٣ باب أركان النكاح. كلُّهم من حديث ابن عمر مرفوعاً أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوِّج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر، ، وفي الباب عن أبي هريرة، وأنس، ومعاوية رضي الله عنهم أجمعين.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٦.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٦.

أو نَوَى مُكثَهُ معها مدَّةً معيَّنةً، ولا بأسَ بتزوُّجِ النَّهاريَّاتِ، "عيني"[١].

(و) يَحِلُّ (له وطءُ امرأةٍ ادَّعَتْ عليه) عند قاضٍ (أنَّه تزوَّجَها)..............

[١١٤٤٠] (قولُهُ: أو نَوَى إلخ) لأنَّ التَّوقيت إنما يكونُ باللَّفظ، "بحر"[٢].

[١١٤٤١] (قولُهُ: ولا بأسَ بتزوُّجِ النَّهاريَّاتِ) وهو أنْ يَتَزوَّجَها على أنْ يكونَ عندها نهاراً دون اللَّيل، "فتح"[٣]. قال في "البحر"[٤]: ((وينبغي أنْ لا يكونَ هذا الشَّرطُ لازماً عليها، ولها أنْ تطلبَ المبيتَ عندها ليلاً لِما عُرِفَ في باب القَسْم)) اهـ، أي: إذا كان لها ضَرَّةٌ غيرها، وشَرَطَ أنْ يكونَ في النَّهار عندها وفي اللَّيل عند ضَرَّتِها، أمَّا لو لا ضَرَّةَ لها فالظَّاهرُ أنَّه ليس لها الطَّلبُ، خصوصاً إذا كانت صنعتُهُ في اللَّيلِ كالحارسِ، بل سيأتي[٥] في القَسْمِ عن الشَّافعيَّة: ((أنَّ نحوَ الحارس يَقسِمُ بين الزَّوجات نهاراً))، واستحسَنَهُ في "النَّهر"[٦].

[١١٤٤٢] (قولُهُ: ويَحِلُّ له إلخ) وكذا يَحِلُّ لها تمكينُهُ من الوطءِ، نعم الإثمُ في الإقدامِ على الدَّعوى الباطلةِ كما في "البحر"[٧]، وثبوتُ الحِلِّ مبنيٌّ على قولِ "الإمام" بنفوذِ القضاء بهذا النِّكاح باطناً، وكذا يَنفُذُ ظاهراً اتِّفاقاً، فتَجبُ النَّفقةُ والقَسْمُ وغير ذلك.

[١١٤٤٣] (قولُهُ: عند قاضٍ) هل المُحكَّمُ مثلُهُ؟ ليُحرَّر، "ط"[٨].

قلت: الظَّاهرُ نعم؛ لأنَّهم إنما فَرَّقُوا بينهما في أنَّه لا يَحكُمُ بقصاصٍ وحدٍّ[٩] وديةٍ على عاقلةٍ.

(قولُهُ: الظَّاهرُ نعم؛ لأنَّهم إنَّما فرَّقُوا إلخ) بل مُقتضى قولِهم قاضٍ أنَّ المُحْكَمَ ليس كذلك؛ فإنَّ مفهومَ

---

(١) "رمز الحقائق": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/١٤٤.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٦.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٥٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١١٦.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٢٧٤٤] قوله: ((وهو حسن)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ أسباب الحرمة ق١٦٩/أ.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ـ باب كتاب القاضي وغيره ٧/١٧.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢/٢٤.

(٩) في "ب": ((بقصاصٍ حدٍّ)) بلا واو.

بنكاحٍ صحيحٍ (وهي) أي: والحالُ أنَّها (محلٌّ للإنشاءِ) أي: لإنشاءِ النِّكاحِ خاليةً عن الموانعِ (وقَضَى القاضي بنكاحِها ببيِّنةٍ) أقامَتْها (ولم يكنْ) في نفسِ الأمرِ (تزَوَّجَها، وكذا) تَحِلُّ له (لو ادَّعَى هو نكاحَها) خلافاً لهما، وفي "الشرنبلاليَّةِ"[(١)] عن "المواهب":

[١١٤٤٤] (قولُهُ: بنكاحٍ صحيحٍ) احترَزَ به عن الفاسدِ؛ لأنَّه لا يفيدُ حِلَّ الوطءِ ولو صدَرَ حقيقةً، "ط"[(٢)].

[١١٤٤٥] (قولُهُ: خاليةً عن الموانعِ) تفسيرٌ لكونها محلاً للإنشاءِ، والموانعُ مثلُ كونِها مُشرِكةً، أو مَحرَماً له، أو زوجةَ الغيرِ[(٣)]، أو مُعتدَّتَهُ، "ح"[(٤)].

[١١٤٤٦] (قولُهُ: وقَضَى القاضي بنكاحِها) ويُشترَطُ لنفاذِ القضاء باطناً عند "الإمام" حضورُ شهودٍ عند قوله: قَضَيْتُ، وبه أخَذَ عامَّةُ المشايخ، وقيل: لا؛ لأنَّ العَقْدَ ثَبتَ مقتضى صحَّةِ قضائِهِ في الباطن، وما ثَبتَ مقتضى صحَّةِ الغيرِ لا يَثبُتُ بشرائطِهِ كالبيع في قوله: أَعتِقْ عبدَكَ عنِّي بألفٍ، وفي "الفتح"[(٥)]: ((أنَّه الأوجهُ))، ويدلُّ عليه إطلاقُ المتون، "بحر"[(٦)].

قلت: لكنْ ذكَرَ في "البحر"[(٧)] في كتابِ القاضي إلى القاضي: ((أنَّ المعتمد الأوَّلُ)).

[١١٤٤٧] (قولُهُ: ولم يكنْ إلخ) الجملةُ حاليَّةٌ.

[١١٤٤٨] (قولُهُ: خلافاً لهما) راجعٌ للمسألتين، وهذا بناءً على أنَّه لا يَنفُذُ القضاءُ باطناً

الكُتُب معتبرٌ، ويُعملُ به ما لم يوجد ما يُخالفُهُ، وأيضاً قد جعلوا القاضي مُنشِئاً له حكماً؛ إذ له ولايةُ ذلك في الجملة، وقد فصَّلوا فيما يأتي في القضاء بين ما يُمكنُ إنشاؤه للقاضي وبين ما لا يُمكنُ، فجوَّزوهُ في الأوَّل دون الثَّاني، وتحكيمُهُما له لا يقتضي إثباتَ وِلايةِ النِّكاح له، تأمَّل.

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٤/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٢٤/٢.

(٣) ((الغير)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١٥٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٦/٣.

(٧) "البحر": كتاب القضاء وغيره ١٧/٧.

((وبقولهما يُفتَى)).

(ولو قَضَى بطلاقِها بشهادةِ الزُّورِ مع عِلْمِها) بذلك نفَذَ، و(حَلَّ لها التَّزوُّجُ بآخرَ بعدَ العِدَّةِ،...

عندهما بشهادةِ الزُّور ولو في العُقُودِ والفُسُوخِ؛ لأنَّ القاضيَ أخطَأَ الحُجَّةَ؛ إذ الشُّهودُ كَذَبةٌ، وله أنَّ الشُّهودَ [٣/ق٤١/ب] صَدَقةٌ عنده، وهو الحُجَّةُ؛ لتعذُّرِ الوقوفِ على حقيقةِ الصِّدق، وأمكَنَ تنفيذُ القضاء باطناً بتقديمِ النِّكاح، فيَنفُذُ قطعاً للمنازعة، وطعَنَ فيه بعضُ المغاربةِ بأنَّه يمكنُهُ قطعُ المنازعةِ بالطَّلاق، فأجابَهُ "الأكمل": ((بأنَّك إنْ أردتَ الطَّلاقَ غيرَ المشروع فلا يُعتبَرُ، أو المشروعَ ثبَتَ المطلوبُ؛ إذ لا يَتحقَّقُ إلاَّ في نكاحٍ صحيحٍ))، وتعقَّبَهُ تلميذُهُ "قارئ الهداية": ((بأنَّ له أنْ يريدَ غيرَ المشروع ليكونَ طريقاً لقطعِ المنازعة))، وتعقَّبَهما تلميذُهُ "ابن الهمام"[(١)]: ((بأنَّ الحقَّ التَّفصيلُ، وهو أنَّه يَصلُحُ لقطعِ المنازعة إنْ كانت هي المدَّعيةَ، أمَّا لو كان هو المدَّعيَ فلا يُمكِنُها التَّخلُّصُ منه إلاَّ بالنَّفاذِ باطناً مع أنَّ الحكم أعمُّ من دَعواها أو دَعواه)).

[١١٤٤٩] (قولُهُ: وبقولِهما يُفتَى) قال "الكمال"[(٢)]: ((وقولُ "الإمام" أوجهُ))، واستدَلَّ له بـ ((دلالةِ الإجماع على أنَّ مَن اشتَرَى جاريةً، ثمَّ ادَّعَى فسخَ بيعِها كَذِباً وبَرهَنَ، فقُضِيَ به حَلَّ للبائع وطؤُها واستخدامُها مع علمِهِ بكذبِ دعوى المشتري، مع أنَّه يُمكِنُهُ التَّخلُّصَ بالعتقِ وإنْ كان فيه إتلافُ ماله، فإنَّه ابتُلِيَ ببليَّتَيْنِ، فعليه أنْ يختارَ أهونَهما، وذلك ما يَسلَمُ له فيه دِينُهُ)) اهـ. وللعلاَّمةِ "قاسمٍ" رسالةٌ في هذه المسألةِ أطالَ فيها الاستدلالَ لقول "الإمام"، فراجعها.

(قولُهُ: مع أنَّه يُمكنه التَّخلُّصُ بالعتق إلخ) قد يقالُ: إنَّ العتقَ فرعٌ عن ثُبوت المِلكِ، فإنْ كان ثابتاً فلا حاجة إلى العتق، وإلا فلا يُجديه نفعاً اهـ. من "حاشية البحر". وقد يقالُ: مُرادُه بالعتق العتقَ اللُّغويَّ أي: أنَّهم أجمعوا على حِلِّ وطئِها مع أنَّه يُمكنُه التَّخلُّصُ بتركِها، تأمَّل.

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٥٥.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ٣/١٥٦.

وحَلَّ للشَّاهدِ) زُوْراً (تَزَوُّجُها، وحَرُمَتْ على الأوَّلِ) وعند "الثَّاني" لا تَحِلُّ لهما، وعند "محمَّدٍ" تَحِلُّ للأوَّلِ ما لم يدخل الثَّاني، وهي مِن فروعِ القضاءِ بشهادةِ الزُّور كما سيجيءُ[1]

قلت: وحيث كان الأوجهُ قولَ "الإمام" من حيث الدَّليلُ على ما حقَّقَهُ في "الفتح" وفي تلك الرِّسالةِ فلا يُعدَلُ عنه؛ لِما تقرَّرَ أنَّه لا يُعدَلُ عن قول "الإمام" إلاَّ لضرورةٍ أو ضعفِ دليلِهِ كما أوضحناه في "منظومة رسم المفتي" و"شرحها"[2].

[١١٤٥٠] (قولُهُ: وحَلَّ للشَّاهدِ) وكذا لغيرِهِ بالأَولىٰ؛ لعدمِ علمِهِ بحقيقةِ الحال.

[١١٤٥١] (قولُهُ: لا تَحِلُّ لهما) أي: للزَّوجِ المقضيِّ عليه والزَّوجِ الثَّاني، أمَّا الثَّاني فظاهرٌ بناءً على أنَّ القضاءَ بالزُّورِ لا يَنفُذُ باطناً عندهما، و[3] أمَّا الأوَّلُ فلأنَّ الفُرقة وإنْ لم تقع باطناً لكنَّ قول "أبي حنيفة" أورَثَ شبهةً، ولأنَّه لو فعَلَ ذلك كان زانياً عند النَّاس فيَحُدُّونه، كذا في "رسالة العلاَّمة قاسمٍ".

[١١٤٥٢] (قولُهُ: ما لم يَدخُلِ الثَّاني) فإذا دخَلَ بها حَرُمَتْ على الأوَّلِ لوجوبِ العِدَّة كالمنكوحة إذا وُطِئَتْ بشبهةٍ، "بحر"[4].

[١١٤٥٣] (قولُهُ: وهي) أي: هذه المسائلُ الثَّلاث.

[١١٤٥٤] (قولُهُ: كما سيجيءُ) أي: في كتابِ [٣/ق٤٢/أ] القضاء.

(قولُهُ: فلا يُعدَلُ عنه لِما تقرَّر إلخ) تقدَّم له أنَّ العبرةَ لِمَا رجَّحهُ المشايخُ فيما وقع فيه الاختلافُ بين أئمَّة المذهب بالنِّسبة لمن لم يكن له قوَّةُ المَدْرَك، وأنَّ العبرةَ لقوَّة الدَّليل في التَّرجيح بالنِّسبة لغيره، فعلى هذا علينا العملُ بقول الصَّاحبَيْن تبعاً لترجيح "الشُّرُنبُلاليِّ" عن "المواهب" وإن كان دليلُ الإمام أوجَهَ، تأمَّل.

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٣٤٠] قوله: ((والفسوخ)).

(٢) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٢٧/١.

(٣) من ((أما الثاني)) إلى ((عندهما و)) ساقط من "آ".

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١١٦/٣.

(والنِّكاحُ لا يَصِحُّ تعليقُهُ بالشَّرْطِ) كتَزَوَّجتُكَ إنْ رَضِيَ أبي لم يَنعقِد النِّكــاحُ لتعليقِهِ بالخطر كما في "العِماديَّة" وغيرِها، فما في "الــدُّررِ" فيـه نظرٌ، (ولا إضافتـهُ إلى المستقبلِ)..

[١١٤٥٥] (قولُهُ: والنِّكاحُ لا يصحُّ تعليقُـهُ بالشَّـرطِ) المـرادُ أنَّ النِّكـاح المعلَّقَ بالشَّـرط لا يصحُّ[١]، لا ما يُوهِمُهُ ظاهرُ العبارة من أنَّ التَّعليق يلغو، ويبقـى العَقْـدُ صحيحـاً كمـا في المسألة الآتية[٢]، وهذا مَنشأ تَوَهُّمِ "الدُّرر" الآتي[٣].

[١١٤٥٦] (قولُهُ: لتعليقِهِ بالخَطَرِ) بفتح الخاء المعجمة والطَّاء المهملة: ما يكـونُ معدومـاً يُتوقَّعُ وجودُهُ. اهـ "ح"[٤].

[١١٤٥٧] (قولُهُ: فما في "الدُّرر"[٥]) حيث قال: ((لا يصحُّ تعليقُ النِّكاح بالشَّرط مثـل: أنْ يقول لبنتِهِ: إنْ دخلتِ الدَّارَ زَوَّجتُكِ فلاناً، وقال فلانٌ: تَزَوَّجتُها، فـإنَّ التَّعليـق لا يصـحُّ وإنْ صَحَّ النِّكاحُ)).

[١١٤٥٨] (قولُـهُ: فيـه نظـرٌ) لأنَّـه صـرَّحَ بعـدمِ صحَّـةِ النِّكـاحِ[٦] المعلَّـقِ في "الفتــح"[٧][٨]، و"الخلاصة"[٩]، و"البزَّازيَّة"[١٠] عن "الأصل"، و"الخانيَّة"[١١]، و"التَّتارخانيَّة"[١٢]، و"فتـاوى

٢/٢٩٤

---

(١) من ((تعليقه)) إلى ((لا يصح)) ساقط من "آ".

(٢) "در" صـ١٧٨ـ.

(٣) المقولة [١١٤٦١] قوله: ((ولكن لا يبطل إلخ)).

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١٥٧/ب.

(٥) "الدرر": كتاب النكاح ١/٣٣٤.

(٦) من ((بالشرط)) إلى ((صحة النكاح)) ساقط من "آ".

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ٣/١٠٥.

(٨) ((في الفتح)) ساقط من "الأصل".

(٩) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل السادس عشر في الشروط والخيار في النكاح ق٨٥/ب.

(١٠) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل السادس عشر في الشروط والخيار فيه ٤/١٥٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١١) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المهر ـ الفصل السادس عشر في جهاز البنت ١/٣٢٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٢) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في الشروط ـ الخيار في النكاح ٢/٦٠٠.

كتَزَوَّجْتُكَ غداً أو بعدَ غدٍ[1] لم يصحَّ (ولكنْ لا يبطُلُ) النِّكاحُ (بالشَّرْطِ الفاسدِ، و) إنما (يبطُلُ الشَّرْطُ دونَهُ) يعني: لو عقَدَ مع شرطٍ فاسدٍ لم يبطُلِ النِّكاحُ بل الشَّرْطُ، بخلافِ ما لو علَّقَهُ بالشَّرْطِ (إلاَّ أنْ يُعلِّقَهُ بشَرْطٍ)......................

أبي اللَّيث"، و"جامع الفصولين"[2]، و"القنية"[3]، ولعلَّه اشتبَهَ عليه النِّكاحُ المعلَّقُ على شرطٍ بالنِّكاح المشروطِ معه شرطٌ فاسدٌ، وبينهما فَرْقٌ واضحٌ، "شرنبلاليَّة"[4].

[١١٤٥٩] (قولُهُ: كـ: تَزَوَّجتُكَ) بفتحِ كافِ الخطاب.

[١١٤٦٠] (قولُهُ: لم يصحَّ) كلامُ المتن غنيٌّ عنه.

[١١٤٦١] (قولُهُ: ولكنْ لا يَبطُلُ إلخ) لَمَّا كان يُتوهَّمُ أنَّه لا فَرْقَ بين النِّكاحِ المعلَّقِ بالشَّرطِ الفاسد والمقرونِ بالشَّرط الفاسد ـ كما وقَعَ لـ "صاحب الدُّرر"[5] ـ أَتى بالاستدراكِ وإنْ كان الثَّاني مسألةً مُستقلَّةً، ولذا قال "الشَّارح" بعده: ((بخلافِ ما لو علَّقَهُ بالشَّرطِ))، وفيه تنبيهٌ على منشأ وهمِ "الدُّرر"، فافهم.

[١١٤٦٢] (قولُهُ: يعني: لو عَقَدَ) أتى بالعناية لإيهامِ كلام "المصنِّف" أنَّ هذا من تتمَّةِ المسألةِ الأولى مع أنَّه مسألةٌ مُستقلَّةٌ، وإنما أتى في أوَّلِها بالاستدراكِ للتَّنبيهِ المارِّ[6].

[١١٤٦٣] (قولُهُ: مع شرطٍ فاسدٍ) كما إذا قال: تَزَوَّجتُكِ على أنْ لا يكونَ لكِ مهرٌ، فيَصحُّ النِّكاحُ، ويَفسُدُ الشَّرطُ، ويجبُ مهرُ المثل.

[١١٤٦٤] (قولُهُ: إلاَّ أنْ يُعلِّقَهُ) استثناءٌ من قوله: ((لا يصحُّ تعليقُهُ بالشَّرط)).

(قولُهُ: بفتح كاف الخطاب) غيرُ متعيِّنٍ.

---

(١) في "و": ((عدتي)) بدل ((غد)).

(٢) "جامع الفصولين": الفصل السادس والعشرون فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل ٢/٢.

(٣) "القنية": كتاب النكاح ـ الباب الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح وما يتعلق به ق٣٣/أ.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ٣٣٤/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) انظر "الدرر": كتاب النكاح ٣٣٤/١.

(٦) في المقولة السابقة.

ماضٍ (كائنٍ) لا محالةَ (فيكونُ تحقيقاً) فيَنعقِدُ في الحالِ، كأنْ خطَبَ بنتاً لابنِهِ، فقال أبوها: زَوَّجْتُها قَبْلَكَ مِن فلان، فكَذَّبَهُ، فقال: إنْ لم أكن زَوَّجْتُها لفلان فقد زَوَّجْتُكها لابنِكَ، فقَبِلَ ثمَّ عَلِمَ كذبَهُ انعقَدَ لتعليقِهِ بموجودٍ، وكذا إذا وُجِدَ المعلَّقُ عليه في المجلسِ، كذا ذكرَهُ "جوي زاده"[١]، وعمَّمَهُ "المصنِّفُ" بحثاً.............

[١١٤٦٥] (قولُهُ: ماضٍ) أي: مستمرٌّ إلى الحالِ، وقيَّدَ به احترازاً عن تعليقِهِ بمستقبلٍ كائنٍ لا محالةَ كمجيءِ الغدِ، وقولُهُ: ((كائنٍ)) وإنْ كان اسمَ فاعلٍ ـ وهو حقيقةٌ في المُتلبِّسِ بالفعلِ في الحالِ ـ لكنَّه يُستعمَلُ بالمعنى الثَّاني، فافهم.

[١١٤٦٦] (قولُهُ: وكذا إلخ) عطفٌ على قولِهِ: ((إلاَّ أنْ يُعلِّقَهُ))، ومثالُهُ ما في "المنح"[٢] عن "الفصول العماديَّة"[٣]: ((لو قال: تَزَوَّجتُكِ بألفِ درهمٍ إنْ رَضِيَ فلانٌ اليومَ، فإنْ كان فلانٌ حاضراً فقال: رضيتُ جازَ النِّكاحُ استحساناً، وإنْ كان غيرَ حاضرٍ لم يَجُزْ)) اهـ. [٣/ق٤٢/ب]

[١١٤٦٧] (قولُهُ: وعَمَّمَهُ "المصنِّفُ"[٤] بحثاً) حيث قال بعد كلامِ "العماديَّة": ((وينبغي أنْ يجريَ هذا التَّفصيلُ في مسألةِ التَّعليقِ برضا الأبِ؛ إذ لا فَرْقَ بينهما فيما يظهرُ)) اهـ، أي: لا فَرْقَ بين: إنْ رَضِيَ أبي أو إن رَضِيَ فلانٌ في التَّفصيل فيهما.

قلت: بل إذا جازَ التَّعليقُ برضا فلانٍ الأجنبيِّ الحاضرِ يجوزُ تعليقُهُ برضا الأبِ بالأَولى؛ لأنَّ الأب له ولايةٌ في الجملة، وله حقُّ الاعتراضِ لو الزَّوجُ غيرَ كفءٍ، وله كمالُ الشَّفقةِ، فيَختارُ لها المناسبَ، فكيف يقالُ بالجواز في الأجنبيِّ دون الأبِ؟! على أنَّه قد نَصَّ على هذا التَّفصيلِ في مسألة الأبِ أيضاً في "الظَّهيريَّة"[٥] حيث قال: ((لو كان الأبُ حاضراً في المجلسِ

---

(١) هو محمد بن محمد بن إلياس، المعروف بجوي زاده الروميّ، محيي الدين، قاضٍ تركيّ(ت٩٥٤هـ). ("الكواكب السائرة" ٢٧/٣، و"شذرات الذهب" ٦٤٠/١٠، و"الشقائق النعمانية" صـ٢٦٥ـ).

(٢) "المنح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ق١١٨/أ.

(٣) المسمى "فصول الإحكام لأصول الأحكام" لأبي الفتح عبد الرحيم بن أبي بكر، زين الدين المعروف بالعمادي المرغيناني السمرقندي (كان حياً سنة ٦٥١هـ). ("كشف الظنون" ١٢٧٠/٢، "الجواهر المضية" ٧٤/٤، "الفوائد البهية" صـ٩٣ـ، "هدية العارفين" ٥٦٠/١).

(٤) "المنح": كتاب النكاح ـ فصل في المحرمات ١/ق ١١٨/أ.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ق٧٤/ب.

لكنْ في "النَّهر" قبيل كتاب الصَّرف في مسألةِ التَّعليق برضى الأبِ: ((والحقُّ الإطلاقُ))، فليُتأمَّل المفتَى.

فقَبِلَ جازَ))، فما بَحَثَهُ "المصنِّفُ" موافقٌ للمنقول.

[١١٤٦٨] (قولُهُ: لكنْ في "النَّهر"(١)) استدراكٌ على ما بَحَثَهُ "المصنِّفُ"، وعبارةُ "النَّهر" بعد أنْ ذكَرَ كلامَ "الظَّهيريَّة": ((وهو مُشكِلٌ، والحقُّ ما في "الخانيَّة")) اهـ.

والذي في "الخانيَّة"(٢) هو قولُهُ: ((تَزَوَّجتُكِ إنْ أجاز أبي أو رَضِيَ، فقالت: قَبِلتُ لا يصحُّ؛ لأنَّه تعليقٌ، والنِّكاحُ لا يَحتمِلُ التَّعليقَ)) اهـ.

قلت: الظَّاهرُ حملُ ما في "الخانيَّة" على ما إذا كان الأبُ غيرَ حاضرٍ في المجلس، أو على أنَّ ذلك هو القياسُ؛ لأنَّه في "الخانيَّة" ذكَرَ بعد ذلك مسألةَ التَّعليقِ برضا فلانٍ، فقال: ((إنْ كان فلانٌ حاضراً في المجلسِ ورَضِيَ جاز استحساناً، وإلاَّ فلا وإنْ رَضِيَ)) اهـ.

وبما قلنا يحصلُ التَّوفيقُ بين كلاميه ما لم يَثبُت الفَرْقُ بين الأبِ وغيرِهِ، وقد علمتَ مِنْ عبارةِ "الظَّهيريَّة" عدمَهُ، وأنَّ الجواز في الأبِ ثابتٌ بالأَولى، ولم نَرَ أحداً صرَّحَ بتصحيحِ خلافِ هذا حتَّى يُتَّبعَ، فافهم.

---

(١) "النهر": كتاب البيع ـ باب السلم ـ مسائل منثورة ق٤٠٨/ب.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ الفصل السادس عشر في جهاز البنت ٣٢٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

﴿بابُ الوليِّ﴾

(هو) لغةً: خلافُ العَدُوِّ، وعُرفاً العارفُ با لله تعالى، وشرعاً: (البالغُ العاقلُ الوارثُ) ولو فاسقاً على المذهبِ ما لم يكن مُتهتّكاً،........................

﴿ بابُ الوليِّ﴾

لَمَّا ذكَرَ النِّكاحَ وألفاظَهُ ومحلَّهُ شرَعَ في بيانِ عاقدِهِ، وأخَّرَهُ؛ لأنَّه ليس من شروطِ صحَّتِهِ في جميع الصُّور. والوليُّ: فعيلٌ بمعنى فاعلٍ، "ط"[١].

[١١٤٦٩] (قولُهُ: وعُرْفاً) أي: في عُرفِ أهل أصول الدِّين، قال في "البحر"[٢]: ((وفي أصولِ الدِّين: هو العارفُ با لله تعالى بأسمائه وصفاته حَسْبَما يُمكِنُ، المواظبُ على الطَّاعاتِ، المجتنبُ عن المعاصي، الغيرُ المنهمكِ في الشَّهواتِ واللَّذَّاتِ كما في "شرح العقائد"[٣]))، "ح"[٤].

[١١٤٧٠] (قولُهُ: الوارثُ) كذا في "الفتح"[٥] وغيرِهِ، قال "الرَّمليُّ": ((وذِكرُهُ مما لا ينبغي؛ إذ الحاكمُ وليٌّ وليس بوارثٍ)) اهـ.

قلت: وكذا سيِّدُ العبدِ، [٣/ق٤٣/أ] فالتَّعريفُ خاصٌّ بالوليِّ من جهةِ القرابة.

[١١٤٧١] (قولُهُ: على المذهبِ) وما في "البزَّازيَّة"[٦]: ((من أنَّ الأبَ والجَدَّ إذا كان فاسقاً فللقاضي أنْ يُزوِّجَ من الكفءِ)) قال في "الفتح"[٧]: ((إنَّه غيرُ معروفٍ في المذهب)).

[١١٤٧٢] (قولُهُ: ما لم يكن مُتهتِّكاً) في "القاموس"[٨]: ((رَجُلٌ مُنْهتِكٌ ومُتَهتِّكٌ ومُسْتَهتِكٌ: لا يُبالي أنْ يُهتَكَ سِترُهُ)) اهـ.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٢٥.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١١٧.

(٣) "شرح العقائد النسفية": صـ٢٢٠ـ.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٧/ب.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٥٧.

(٦) "البزازية": كتاب النكاح ـ مسائل المجنون ٤/١٢٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨١.

(٨) "القاموس": مادة ((هتك)).

....

قال في "الفتح"[١] عقبَ ما نقلناه[٢] عنه آنفاً: ((نعم إذا كـان مُتَهتِّكاً لا يَنفُذُ تزويجُهُ إيّاها بنَقْصٍ عن مهرِ المثل ومن غيرِ كفء، وسيأتي هذا)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّ الفِسق وإنْ كان لا يَسلُبُ الأهليَّةَ عندنا لكنْ إذا كان الأبُ مُتَهتِّكاً لا يَنفُذُ تزويجُهُ إلاَّ بشرطِ المصلحةِ، ومثلُهُ ما سيأتي[٣] من قولِ "المصنِّف": ((ولَزِمَ ولو بغبنٍ فاحشٍ أو بغيرِ كفءٍ إنْ كان الوليُّ أباً أو جَدّاً لم يُعرَفْ منهما سوءُ الاختيار، وإنْ عُرِفَ لا)) اهـ.

وبه ظهَرَ أنَّ الفاسقَ المُتَهتِّكَ ـ وهو بمعنى سيِّئِ الاختيار ـ لا تَسقُطُ ولايتُهُ مطلقاً؛ لأنَّه لو زَوَّجَ من كفءٍ بمهر المثل صَحَّ كما سيأتي[٤] بيانُهُ، وهذا خلافُ ما مَرَّ[٥] عن "البزَّازيَّة"، ولا يمكنُ[٦] التَّوفيقُ بحَمْلِ ما مَرَّ[٧] على هذا؛ لأنَّ قولَه: ((فللقاضي أنْ يُزوِّجَ من الكفءِ)) يقتضي سقوطَ ولايةِ الأب أصلاً، فافهم. ٢/٢٩٥

﴿بابُ الوليِّ﴾

(قولُهُ: وبه ظهرَ أنَّ الفاسقَ المُتهتِّكَ وهو بمعنى: سيِّئِ الاختيار لا تسقط ولايتُه إلخ) لم يظهر ممَّا سبق أنَّ الفاسقَ المُتهتِّكَ هو بمعنى: سيِّئِ الاختيار، ولا يلزمُ من وجود أحدِهما وجودُ الآخَر، كما هو ظاهرٌ. نعم قد يتحقَّقُ معناهُما في شخصٍ واحدٍ فعلى هذا إذا كان الوليُّ مُتهتِّكاً أو سيِّئَ الاختيار لا يصحُّ تزويجُهُ بنقصٍ عن مهر المِثْل، أو من غير كُفْء.

(قولُهُ: يقتضي سُقوطَ ولايةِ الأب إلخ) فيه: أنَّ عبارةَ "البزَّازيَّة" إنَّما تُفيدُ أنَّ للقاضي التَّزويجَ،

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨١.

(٢) في المقولة السابقة.

(٣) "در" صـ٢٢٥ـ وما بعدها.

(٤) المقولة [١١٦١٢] قوله: ((فزوجها من فاسق إلخ)).

(٥) في المقولة السابقة.

(٦) في "الأصل": ((ولا يكون)).

(٧) في المقولة السابقة.

وخرَجَ نحوُ صبيٍّ ووصيٍّ مطلقاً على المذهبِ..........................

[١١٤٧٣] (قولُهُ: نحوُ صبيٍّ) أي: كمجنونٍ ومعتوهٍ، غيرَ أنَّ الصَّبيَّ خرَجَ بقولِهِ: ((البالغُ))، والمجنونَ والمعتوهَ بـ: ((العاقل))، "ط"[١].

[١١٤٧٤] (قولُهُ: ووَصِيٍّ) أي: ونحوُ وَصِيٍّ ممن ليس بوارثٍ كعبدٍ، وككافرٍ له بنتٌ مسلمةٌ، أو مسلمٍ له بنتٌ كافرةٌ كما سيأتي[٢]، نعم لو كان الوصيُّ قريباً أو حاكماً يَملِكُ التَّزويجَ بالولايةِ[٣] كما سيأتي[٤] في الشَّرحِ[٥] عند بيان الأولياء.

[١١٤٧٥] (قولُهُ: مطلقاً على المذهبِ) أي: سواءٌ أوصى إليه الأبُ بذلك أم لا، وفي روايةٍ يجوزُ، وكذا سواءٌ عيَّنَ له المُوصِي رجلاً في حياتِهِ أوْ لا خلافاً لِما في "فتح القدير"[٦] كما سيأتي[٧].

وهذا لا يُفيدُ سُقوطَ وِلاية الأبِ بل يحتملُ أن يكونَ كمسألة العَضْل الآتية؛ فإنَّ القاضي له وِلايةُ التَّزويج ومع ذلك لا تسقطُ وِلايةُ الوليِّ، حتّى لو زوَّجها مع ذلك صحَّ، وكما لو كان لها وليٌّ قريبٌ وبعيدٌ والبعيدُ حاضرٌ يكونُ له الوِلايةُ ومع ذلك لو زوَّجها القريبُ حيثُ هو صحَّ، وحينئذٍ لا مانعَ من حَمْل ما في "البزَّازيَّة" على ما إذا كان الوليُّ سيِّئَ الاختيار.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٢٦.

(٢) "در" صـ٢٦٢ـ وما بعدها.

(٣) في "د" زيادة: ((قوله: وروى هشام عن الإمام أنّه إنْ أُوصى إليه الأب جاز كما في "الخانية"، وبه عُلِمَ أنَّ ما وقع في "الزيلعي" ـ مِنْ أنّه ليس له ذلك إلاّ أن يُفوِّض إليه الموصِي ذلك ـ رواية هشام وقد قال مشايخنا: هي ضعيفة، انتهى حموي من الفرائض)). ق١٥٥/أ.

(٤) "در" صـ٢٧٠ـ.

(٥) عبارة "آ": ((كما سيأتي في الشروع في الشرح)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/١٨٣.

(٧) المقولة [١١٧٠٥] قوله: ((على المذهب)).

(والوَلاية تنفيذُ القولِ على الغيرِ) تثبُتُ[(١)] بأربعٍ:..........

[١١٤٧٦] (قولُهُ: والوَلايةُ إلخ) بفتحِ الواو، وما ذكرَهُ تعريفُها الفِقْهيُّ كما في "البحر"[(٢)]، وإلاَّ فمعناها اللُّغويُّ: المحبَّةُ والنُّصْرةُ كما في "المغرب"[(٣)]، لكنْ ما ذكرَهُ تعريفٌ لأحدِ نوعيها، وهو وَلايةُ الإجبارِ بقرينةِ قولِهِ: ((وهي هنا نوعان))، وأفاد أنَّ المذكور في المتن غيرُ خاصٍّ بهذا البابِ، بل منه وَلايةُ الوصيِّ وقيِّمِ الوقفِ، ووَلايةُ وجوبِ صدقةِ الفطر، بناءً على أنَّ المرادَ بتنفيذِ القول [٣/ق٤٣/ب] ما يكونُ في النَّفسِ أو في المال أو فيهما معاً، والمرادُ في هذا الباب ما يَشمَلُ الأوَّلَ والثَّالثَ دون الثَّاني.

[١١٤٧٧] (قولُهُ: تَثبُتُ) أي: الوَلايةُ المذكورةُ، والمرادُ هنا وَلايةُ الإجبار في هذا الباب فقط، ففيه شَبَهُ الاستخدامِ، وإلاَّ فالوَلايةُ المُعرَّفةُ أعمُّ كما علمتَ، وحيث كانت أعمَّ فليس المرادُ بها الثَّابتةَ لخصوصِ الوليِّ المعروف بالبالغ العاقل الوارث حتَّى يَرِدَ أنَّه ليس في الملكِ والإمامةِ إرثٌ، وحينئذٍ فلا حاجةَ إلى التَّكلُّف في الجواب بأنَّ المرادَ بالإرثِ المأخوذِ في تعريفِ الوليِّ هو أخذُ المال بعد الموت من باب عموم المجاز، فالإمامُ يأخذُ مالَ مَن لا وارثَ له لِيَضَعَهُ في بيت المال، والوليُّ يأخذُ كسبَ عبدِهِ المأذونِ في التِّجارة بعد موته وإنْ لم يكن ذلك إرثاً حقيقةً، فإنَّه ـ كما قال "ط"[(٤)] ـ: ((لا دليلَ على هذا المجازِ، والتَّعريفُ يُصانُ عن مثلِ هذا))، فافهم.

(قولُهُ: بفتح الواو) هي بالفتح المصدرُ، وبالكسر الاسمُ، مثلُ: الإمارة والنِّقابة؛ لأنَّه اسمٌ لِمَا تولَّيتَه وقُمتَ به، فإذا أرادوا المصدرَ فتحوا، كذا في "الصِّحاح" اهـ "سندي".

(قولُهُ: وما ذكرهُ تعريفُها الفقهيُّ إلخ) لكنَّها في التَّحقيق: صفةٌ تقومُ بالشَّخص، والتَّنفيذُ المذكورُ أثرُها.

(قولُهُ: ووَلايةُ وُجُوب صدقة الفِطْر إلخ) أي: الوَلايةُ الَّتي هي سببُ وُجُوب صدقة الفِطْر؛ إذ سببُها: رأسٌ يَمُونُه ويلي عليه.

---

(١) في "و": ((وتثبت)) بالواو.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١١٧.

(٣) "المغرب": مادة ((ولي)).

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٢٦.

قرابةٍ، ومِلْكٍ، ووَلاء، وإمامةٍ (شاءَ أو أَبَى) وهي هنا نوعان: وَلاية نَدْبٍ على المكلَّفةِ ولو بِكْراً، ووَلاية إجبارٍ على الصَّغيرةِ ولو ثيِّباً........................

[١١٤٧٨] (قولُهُ: قرابةٍ) دخَلَ فيها العَصَباتُ والأرحامُ.

[١١٤٧٩] (قولُهُ: ومِلْكٍ) أي: مِلكِ السَّيِّدِ لعبدِهِ أو أَمَتِهِ.

[١١٤٨٠] (قولُهُ: ووَلاء) أي: وَلاءِ العتاقةِ والموالاةِ كما سيأتي(١).

[١١٤٨١] (قولُهُ: وإمامةٍ) دخَلَ فيها القاضي المأذونُ بالتَّزويج؛ لأنَّه نائبٌ عن الإمام.

[١١٤٨٢] (قولُهُ: شاءَ أو أَبَى) احترَزَ به عن وَلايةِ الوكيل.

[١١٤٨٣] (قولُهُ: وهي هنا) فيه شَبَهُ الاستخدامِ؛ لأنَّ الوَلاية المُعرَّفةَ خاصَّةٌ بوَلايةِ الإجبار، وقيَّدَ بقوله: ((هنا)) احترازاً عن الوَلايةِ في غيرِ النِّكاح كما قدَّمناه(٢).

[١١٤٨٤] (قولُهُ: وَلايةُ نَدْبٍ) أي: يُستحَبُّ للمرأةِ تفويضُ أَمْرِها إلى وليِّها كيلا تُنسَبَ إلى الوَقاحةِ، "بحر"(٣). وللخروجِ من خلافِ "الشَّافعيِّ" في البِكْر، وهذه في الحقيقةِ وَلايةُ وكالةٍ.

[١١٤٨٥] (قولُهُ: على المكلَّفةِ) أي: البالغةِ العاقلة.

[١١٤٨٦] (قولُهُ: ولو بِكْراً) الأَولى أنْ يقول: ولو ثيِّباً؛ ليفيدَ أنَّ تفويض البِكْر إلى وليِّها يُندَبُ بالأَولى؛ لِما علمتَهُ من علَّةِ النَّدب، إلاَّ أنْ يكون مرادُهُ الإشارةَ إلى خلاف "الشَّافعيِّ" بقرينةِ ما بعده، أي: أنَّها تُندَبُ لا تجبُ ولو بِكْراً عندنا خلافاً له.

[١١٤٨٧] (قولُهُ: ولو ثيِّباً) أشارَ إلى خلاف "الشَّافعيِّ"، فإنَّه يقولُ: إنَّ وَلايةَ الإجبار مَنُوطةٌ بالبَكارة، فيُزوِّجُها بلا إذنِها ولو بالغةً، لا إنْ كانت ثيِّباً ولو صغيرةً، فالثَّيِّبُ الصَّغيرةُ لا تُزوَّجُ عنده ما لم تَبلُغْ لسقوطِ وَلايةِ الأب.

---

(١) أي: في كتاب الولاء ـ فصل في ولاء الموالاة ٧٨/٥.

(٢) المقولة [١١٤٧٦] قوله: ((والولاية إلخ)) وما بعدها.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٧/٣.

ومعتوهةً ومرقوقةً[1] كما أفادَهُ بقولـه: (وهـو) أي: الـوليُّ (شَـرْطُ) صحَّـةِ (نكـاحِ صغيرٍ ومجنونٍ ورقيقٍ) لا مُكلَّفةٍ (فنفَذَ نكاحُ حُرَّةٍ مُكلَّفةٍ بلا) رِضا (وليٍّ)..........

[١١٤٨٨] (قولُهُ: ومعتوهةً ومَرْقُوقةً) بالجرِّ فيهما عطفاً على قوله: ((الصَّغيرةِ)) لعدم تقييدِهمـا بالصِّغَر، والأَولى تعريفُهما [٣/ق٤٤/أ] بـ: أل؛ لئلاَّ يُتوهَّمَ عطفُهما على ((ثيِّباً)).

[١١٤٨٩] (قولُهُ: صغيرٍ إلخ) الموصوفُ محذوفٌ، أي: شخصٍ صغيرٍ إلخ، فيَشمَلُ الذَّكَرَ والأنثى.

[١١٤٩٠] (قولُهُ: لا مُكلَّفةٍ) الأَولى زيادةُ: حُرَّةٍ ليقابلَ الرَّقيق، "ط"[2]. وهـذا تصريـحٌ بمفهـومِ المتن، ذكرَهُ ليفيدَ أنَّ قوله: ((فنَفَذَ)) مُفرَّعٌ عليه.

[١١٤٩١] (قولُهُ: فنَفَذَ إلخ)[3] أرادَ بالنَّفاذِ الصِّحَّةَ وتَرَتُّـبَ الأحكـامِ مـن طـلاقٍ وتـوارُثٍ وغيرِهما لا اللُّزومَ؛ إذ هو أخصُّ منها؛ لأنَّه ما لا يمكن نقضُهُ، وهذا يمكنُ رفعُـهُ إذا كـان مـن غيرِ كفءٍ، فقولُهُ في "الشُّرُنبلاليَّة"[4]: ((أي: يَنعقِدُ لازمـاً)) في إطلاقِـهِ نظـرٌ. واحـترَزَ بـالحُرَّةِ عن المرقوقة ولو مُكاتَبـةً أو أُمَّ ولـدٍ، وبالمكلَّفـةِ عـن الصَّغيرةِ والمجنونـة، فـلا يصـحُّ إلاَّ بـوليٍّ كمـا قدَّمَـهُ[5]، وأمَّـا حديثُ: ((أيُّمـا امرأةٍ نكَحَـتَ نفسَـها بغيرِ إذنِ وليِّهـا فنكاحُهـا بـاطلٌ فنكاحُها باطلٌ فنكاحُها بـاطلٌ))، وحسَّنَهُ "التِّرمذيُّ"[6]، وحديثُ: ((لا نكاحَ إلاَّ بوليٍّ)) رواه

---

(١) في "د" زيادة: ((عبارة "المنح": وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة، وهي الصواب، تأمل)). ق١٥٥/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/ ٢٦.

(٣) في "د" زيادة: ((لقوله عليه الصلاة والسلام: ((الأيِّمُ أحقُّ بنفسها من وليِّها)) متفقٌ على صحَّته. وما روته الشـافعية من أحاديث كثيرة ليس لها صحَّة عند أهلِ النَّقل حتى قال البخاريُّ وابـن معين: لم يصـحَّ في هـذا البـاب حديـثُ اشتراط الوليّ، كذا قال الزيلعي. والمراد بالنَّفي فيما استدلَّ به الشَّافعي من قوله عليه الصلاةُ والسلام: ((لا نكاح إلاَّ بوليّ وشاهدي عدل)) نفيُ الكمال كما في نظائره من الأحاديث. باقاني)). ق١٥٥/أ.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/ ٣٣٤ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "در" صـ١٨٣ـ.

(٦) أخرجه الترمذي (١١٠٢) كتاب النكاح ـ باب لا نكاح إلا بولي، وأحمد ٦/ ٤٧ و٦٦ و١٦٥و١٦٦، وعبد الرزاق (١٠٤٧٢)، وابن أبي شيبة ٤/ ٢٧٢ كتاب النكاح ـ باب من قال: لا نكاح إلا بوليّ أو سلطان، وأبو داود (٢٠٨٣) =

....

"أبو داود"(١) وغيرُهُ فمُعارَضٌ بقوله ﷺ: ((الأَيِّمُ أحقُّ بنفسِها مـن وليِّهـا))، رواه "مسلمٌ"، و"أبو داود"، و"التِّرمذيُّ"، و"النَّسائيُّ"، و"مالكٌ" في "الموطَّأ"(٢). والأَيِّـمُ مَن لا زوجَ لها بِكْراً أوْ لا، فإنَّه ليس للوليِّ إلاَّ مباشرةُ العَقْدِ إذا رَضِيَتْ، وقد جعَلَها أحقَّ منه بـه، ويـترجَّحُ هذا بقوَّةِ السَّنَدِ والاتِّفاقِ على صحَّتِهِ بخلاف الحديثين الأوَّلين، فإنَّهما ضعيفـان أو حسنان، أو يُجمَعُ بالتَّخصيص، أو بأنَّ النَّفيَ للكمال، أو بأنْ يُرادَ بالوليِّ مَن يُتوَقَّفُ على إذنِهِ، أي:

= كتاب النكاح ـ باب الولي، والنسائي في "الكبرى" (٥٣٩٤) كتاب النكاح ـ باب الثيب تجعل أمرها لغير وليها، وابن ماجه (١٨٧٩) كتاب النكاح ـ باب لا نكاح إلا بولي، والدارمي ٥٧٥/٢ كتاب النكاح ـ باب النهي عن النكاح بغير ولي، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٧/٣ كتاب النكاح ـ باب النكاح بغير ولي عصبة، والحاكم ١٦٨/٢ وقال: صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه، وابن حبان (٤٠٧٤) كتاب النكاح ـ باب الولي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٠٥/٧ و١١٣ كتاب النكاح ـ باب لا نكاح إلا بولي، كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، قال الترمذي: هذا حديث حسن. وقد أعله بعض العلماء بأن هذا الحديث رواه سليمان بن موسى عن الزهري ثم لقي ابن جُرَيج الزهري فسأله عنه فلم يعرفه، وانظر "التلخيص" ١٥٧/٣، وسنن الترمذي والبيهقي.

(١) أخرجه أبو داود(٢٠٨٥) كتاب النكاح ـ باب في الولي، والترمذي(١١٠١) كتاب النكاح ـ باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، وابن ماجه(١٨٨١) كتاب النكاح ـ باب لا نكاح إلا بولي، والحاكم ١٦٩/٢ ـ١٧٠ كتاب النكاح. وقد ذكره بأسانيد عديدة، وقال: كلها صحيحة، ووافقه الذهبي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٠٧/٧ كتاب النكاح ـ باب لا نكاح إلا بولي، وابن حبان في "صحيحه" (٤٠٧٧) كتاب النكاح ـ باب الولي كلهم من حديث أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى مرفوعاً. فقد وصله زهير وأبو عوانة ويونس وإسرائيل وشريك وقيس بن الربيع عن أبي إسحاق، به، وروى شعبة وسفيان في أصح الروايتين عنهما عن أبي إسحاق عن أبي بُرْدَة مرسلاً، انظر بقية الخلاف في هذا الحديث من كلام الإمام الترمذي رحمه الله.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٢١) كتاب النكاح ـ باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، وأبو داود (٢٠٩٨) و(٢٠٩٩) و(٢١٠٠) كتاب النكاح ـ باب الثيب، والترمذي (١١٠٨) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في استئمار البكر والثيب، والنسائي ٨٤/٦ كتاب النكاح ـ باب استئذان البكر في نفسها، ومالك٤١٥/٢ (٤) كتاب النكاح ـ باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما، وابن ماجه (١٨٧٠) كتاب النكاح ـ باب استئمار البكر والثيب، وأحمد ٣٤٥/١ و٣٦٢، وابن حبان في "صحيحه" (٤٠٨٤) كتاب النكاح ـ باب الثَّيب أحق بنفسها. كلُّهم من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس مرفوعاً.

والأصلُ: أنَّ كلَّ مَن تصرَّفَ في مالِهِ تصرَّفَ في نفسِهِ، وما لا فلا.

(وله) أي: للوليِّ (إذا كان عصبةً) ولو غيرَ مَحْرَمٍ كابنِ عمٍّ في الأصحِّ[١]، "خانيَّة"[٢]. وخرَجَ ذوو الأرحامِ والأمُّ والقاضي (الاعتراضُ.................

لا نكاحَ إلاَّ بِمَن له وَلايةٌ؛ لينفيَ نكاحَ الكافر للمسلمةِ والمعتوهةِ والعبدِ والأَمَةِ، والمرادُ بالباطل حقيقتُهُ على قولِ مَن لم يُصحِّحْ ما باشَرَتْهُ من غيرِ كفءٍ، أو حكمُهُ على قولِ مَن يُصحِّحُهُ، أي: للوليِّ أنْ يُبطِلَهُ، وكلُّ ذلك سائغٌ في إطلاقاتِ النُّصوص، ويجبُ ارتِكابُهُ لدفع المعارَضة، وتمامُ الكلام على ذلك مبسوطٌ في "الفتح"[٣].

٢/٢٩٦ [١١٤٩٢] (قولُهُ: والأصلُ إلخ) عبارةُ "البحر"[٤]: ((والأصلُ هنا أنَّ كلَّ مَن يجوزُ تصرُّفُه في مالِهِ بولايةِ نفسِهِ إلخ))، فإنَّه يَخرُجُ الصَّبيُّ المأذونُ، فإنَّه وإنْ جازَ تصرُّفُه في مالِهِ لكنْ لا بوَلايةِ نفسِهِ، لكنْ يَردُ على العكسِ المحجورةُ، فإنَّها تَملِكُ النِّكاحَ وإنْ لم تَملِك التَّصرُّفَ في مالِها على قولِهما بالحَجْر على الحُرِّ، فالأصلُ مبنيٌّ على قول "الإمام"، تأمَّل.

[١١٤٩٣] (قولُهُ: إذا كانَ عَصَبةً) أي: بنفسِهِ، فلا يَرِدُ العَصَبَةُ بالغيرِ كالبنت مع الابن، ولا العَصَبةُ مع الغيرِ كالأخت مع البنت كما في "البحر"[٥]، "ح"[٦].

(قولُهُ: والمرادُ بالباطل حقيقتُه إلخ) عبارةُ "الفتح" ـ بعد ذكر التَّأويل الأخير ـ: ((وعلى هذا التَّأويل يَتمُّ العملُ بالحديث الجامع لاشتراط الشَّهادة والوليِّ، وهو ما قدَّمناه في فصل الشَّهادة، ويُخصُّ حديثُ "عائشةَ" بمَن نَكحَت غيرَ كُفءٍ، والمرادُ بالباطل إلخ)) اهـ. ومُرادُه بحديث "عائشةَ": ((أيُّما امرأةٍ)) إلخ، تأمَّل.

---

(١) في "د" زيادة: ((وقيل للوليِّ مطلقاً كما في "القهستاني"، ونقل تصحيحه عن "المحيط")). ق١٥٥/أ.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول فيما يتعلَّق به انعقاد النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣٥٤/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٥٩/٣ فما بعدها.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٧/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/أ.

في غيرِ الكفءِ) فيفسخُهُ القاضي، ويتجدَّدُ بتجدُّدِ النِّكاحِ.....................

[١١٤٩٤] (قولُهُ: في غيرِ الكفءِ) أي: في تزويجِها نفسَها من غيرِ كفءٍ، [٣/ق٤٤/ب] وكذا له الاعتراضُ في تزويجِها نفسَها بأقلَّ من مهرِ مثلِها حتَّى يُتِمَّ مهرَ المثلِ أو يُفرِّقَ القاضي كما سيذكرُهُ(١) "المصنِّفُ" في باب الكفاءة.

[١١٤٩٥] (قولُهُ: فيَفسَخُهُ القاضي) فلا تَثْبُتُ هذه الفُرقةُ إلاَّ بالقضاءِ؛ لأنَّه مُجتهَدٌ فيه، وكلٌّ من الخصمين يَتشبَّثُ بدليلٍ، فلا يَنقطِعُ النِّكاحُ إلاَّ بفعلِ القاضي، والنِّكاحُ قبله صحيحٌ يتوارثان به إذا ماتَ أحدُهما قبل القضاء، وهذه الفُرقةُ فسخٌ لا تَنقُصُ عددَ الطَّلاق، ولا يجبُ عندها شيءٌ من المهر إنْ وَقَعَتْ قبل الدُّخولِ، وبعده لها المسمَّى، وكذا بعد الخلوة الصَّحيحة، وعليها العِدَّةُ، ولها نفقةُ العِدَّةِ؛ لأنَّها كانت واجبةً، "فتح"(٢). ولها أنْ لا تُمكِّنَهُ من الوطءِ حتَّى يَرضَى الوليُّ كما اختارَهُ الفقيهُ "أبو اللَّيث"؛ لأنَّ الوليَّ عسى أنْ يُفرِّقَ فيصيرَ وطءَ شُبْهةٍ، وأمَّا على المفتى به الآتي(٣) فهو حرامٌ لعدمِ الانعقاد، أفادَهُ في "البحر"(٤).

[١١٤٩٦] (قولُهُ: ويَتجدَّدُ) أي: اعتراضُ الوليِّ ((بتَجَدُّدِ النِّكاحِ))، كما لو زَوَّجَها الوليُّ بإذنها من غيرِ كفءٍ فطَلَّقَها، ثمَّ زَوَّجَتْ نفسَها منه ثانياً كان لذلك الوليِّ التَّفريقُ، ولا يكونُ الرِّضا بالأوَّلِ رضاً بالثَّاني، "فتح"(٥). وقيَّدَ بتجديدِ النِّكاح؛ لأنَّه لو طَلَّقَها رجعيّاً ثمَّ راجَعَها في العِدَّةِ ليس للوليِّ الاعتراضُ كما ذكَرَهُ في "الذَّخيرة"(٦).

(قولُهُ: لأنَّ الوليَّ عسى أن يفرِّقَ إلخ) فيه أنَّ النِّكاحَ انعقد صحيحاً حتى ترتَّبت أحكامُهُ، فلو وَطِئَها قبل التَّفريق يكون واطئاً في مِلكِه لا وطْءَ شُبْهةٍ، فلم يظهر صحَّةُ جَعْلِ ما ذُكِرَ علَّةً؛ لعدم تمكينها.

---

(١) "در" صـ٣٢٠-٣٢١ـ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٨/٣.

(٣) "در" صـ١٩١ـ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٨/٣.

(٦) في د" زيادة: ((ما جاء عن "الفتح" و"الذخيرة" هو من قول "الخانية")). ق١٥٥/أ.

(ما لم) يَسْكُت حتّى (تَلِدَ منه) لئلاَّ يضيعَ الولدُ، وينبغي إلحاقُ الحَبَلِ الظَّاهرِ به (ويُفتَى) في غيرِ الكفءِ..

[١١٤٩٧] (قولُهُ: ما لم يَسكُتْ حتّى تَلِدَ) زادَ لفظَ ((يَسكُتْ)) للإشارةِ إلى أنَّ سكوتَهُ قبل الولادة لا يكونُ رضًا، وأنَّ هذه ليست من المسائلِ التي نُزِّلَ فيها السُّكوتُ منزلةَ القولِ كما ستأتي[١] الإشارةُ إليها، ويُفهَمُ منه أنَّه لو لم يَسكُتْ بل خاصَمَ حين عَلِمَ فكذلك[٢] بالأَولى، فافهم. لكنْ يبقى الكلامُ فيما لو لم يَعلَمْ أصلاً حتّى وَلَدَتْ فهل له حقُّ الاعتراضِ؟ ظاهرُ المتن لا[٣]، وظاهرُ الشَّرح نعم، تأمَّل.

[١١٤٩٨] (قولُهُ: لئلاَّ يَضيعَ الولدُ) أي: بالتّفريقِ بين أبويه، فإنَّ بقاءَهما مُجتمِعَين على تربيتِهِ أحفظُ له بلا شبهةٍ، فافهم.

[١١٤٩٩] (قولُهُ: وينبغي إلخ)[٤] البحثُ لصاحب "البحر"[٥]، "ح"[٦].

[١١٥٠٠] (قولُهُ: ويُفتَى في غيرِ الكفءِ إلخ) قَيَّدَ بذلك لئلاَّ يُتوهَّمَ عَوْدُهُ إلى قوله: ((فنفَذَ نكاحُ إلخ))، وللاحترازِ عمَّا لو تَزَوَّجَتْ بدونِ مهر المثل، فقد علمتَ أنَّ للوليِّ الاعتراضَ أيضاً، والظَّاهرُ أنَّه لا خلافَ في صحَّةِ العَقْد، وأنَّ هذا القولَ المفتى به خاصٌّ بغيرِ الكفءِ كما أشار

(قولُهُ: زاد لفظَ ((يسكت)) إلخ) لعلَّ الأَولى إبدالُه بلفظ ((حتّى تلد)).

(قولُهُ: وظاهرُ الشَّرح: نعم) أي من زيادة قيد السُّكوت لا من التَّعليل؛ فإنَّه ينفي حقَّ الاعتراض، تأمَّل.

(قولُهُ: والظَّاهرُ أنَّه لا خلافَ في صحَّة العَقْد إلخ) لكنَّ التَّعليلَ المذكورَ للافتاء بعدم الجواز في غير الكُفْءِ جارٍ في مسألة التَّزوُّج بدون مهر المِثْل، ومُقتضٍ لعدم الجواز، تأمَّل.

---

(١) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً)).

(٢) في "ب": ((كذلك)) بلا فاء.

(٣) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٤) في "د" زيادة: ((البحث لصاحب "النهر")). ق ١٥٥/أ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في الأكفاء ١٣٩/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/أ.

(بعدمِ جوازِهِ أصلاً) وهو المختارُ للفتوى (لفسادِ الزَّمانِ) فلا تَحِلُّ مطلَّقةٌ ثلاثاً نكَحَتْ غيرَ كفءٍ بلا رِضا وليٍّ بعد معرفتِهِ إيَّاه،..........

إليه "الشَّارح"، ولم أرَ مَن أجرى هذا القولَ في المسألتين، والفَرْقُ إمكانُ الاستدراك بإتمام مهر المثل، فلذا قالوا: له الاعتراضُ حتَّى يُتِمَّ مهرَ المثل أو يُفرِّقَ القاضي، فإذا [٣/ق٥٤/أ] أتَمَّ المهرَ زال سببُ الاعتراض بخلاف عدم الكفاءة، هذا ما ظهرَ لي، فافهم.

[١١٥٠١] (قولُهُ: بعدمِ جوازِهِ أصلاً) هذه روايةُ "الحسن" عن "أبي حنيفة"، وهذا إذا كان لها وليٌّ لم يَرْضَ به قبل العَقْدِ، فلا يُفيدُ الرِّضا بعده، "بحر"(١). وأمَّا إذا لم يكن لها وليٌّ فهو صحيحٌ نافذٌ مطلقاً اتِّفاقاً كما يأتي(٢)؛ لأنَّ وجه عدمِ الصِّحَّةِ على هذه الرِّواية دفعُ الضَّررِ عن الأولياء، أمَّا هي فقد رَضِيَتْ بإسقاطِ حقِّها، "فتح"(٣). وقولُ "البحر"(٤): ((لم يَرْضَ به)) يَشمَلُ ما إذا لم يَعلَمْ أصلاً، فلا يَلزَمُ التَّصريحُ بعدم الرِّضا، بل السُّكوتُ منه لا يكونُ رِضًا كما ذكرنا، فلا بدَّ حينئذٍ لصحَّةِ العَقْدِ مِن رضاه صريحاً، وعليه فلو سكَتَ قبلَهُ ثُمَّ رضيَ بعده لا يفيدُ، فليُتأمَّل.

[١١٥٠٢] (قولُهُ: وهو المختارُ للفتوى) وقال "شمس الأئمَّة"(٥): ((وهذا أقربُ إلى الاحتياط))، كذا في "تصحيح العلاَّمة قاسم"؛ لأنَّه ليس كلُّ وليٍّ يُحسِنُ المُرافعةَ(٦) والخصومةَ، ولا كلُّ قاضٍ يَعدِلُ، ولو أحسَنَ الوليُّ وعدَلَ القاضي فقد يُترَكُ أَنَفةً للتَّردُّدِ على أبوابِ الحُكَّام واستثقالاً لنفس الخصومات، فيتقرَّرُ الضَّررُ، فكان منعُهُ دفعاً له، "فتح"(٧).

[١١٥٠٣] (قولُهُ: نَكَحَتْ) نعتٌ لـ ((مُطلَّقةٌ))، وقولُهُ: ((بلا رِضا)) متعلِّقٌ بـ ((نَكَحَتْ))،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ٣/١٣٧.

(٢) المقولة [١١٥٠٤] قوله: ((فليحفظ)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ٣/١٥٧.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ٣/١٣٨.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب النِّكاح بغير وليٍّ ٥/١٣.

(٦) في "ب": ((المرافقة))، وهو تحريف.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ٣/١٥٧.

فليحفظ. (و) بناءً (على الأوَّلِ)..................................

وقولُهُ: ((بعدَ)) ظرفٌ للرِّضا، والضَّميرُ في ((معرفتِهِ)) للوليِّ، وفي ((إيَّاه)) لغيرِ الكفءِ، وقولُهُ: ((بلا رضا)) نفيٌ مُنصَبٌّ على المقيَّدِ الذي هو رِضا الوليِّ والقيدِ الذي هو بعدَ معرفتِهِ إيَّاه، فيَصدُقُ بنفي الرِّضا بعدَ المعرفة، وبعدمِها، وبوجودِ الرِّضا مع عدمِ المعرفة، ففي هذه الصُّورِ الثَّلاثةِ لا تَحِلُّ، وإنما تَحِلُّ في الصُّورةِ الرَّابعة، وهي رِضا الوليِّ بغيرِ الكفءِ مع علمِهِ بأنَّه كذلك. اهـ "ح"[(١)].

قلت: والأنسبُ أن يقول: مع علمِهِ به عَيْناً؛ لِما في "البحر"[(٢)]: ((لو قال الوليُّ: رضيتُ بتزوُّجِها من غيرِ كفءٍ، ولم يَعلَم بالزَّوجِ عَيْناً هل يكفي؟ صارت حادثةَ الفتوى، وينبغي [أنْ][(٣)] لا يكفيَ؛ لأنَّ الرِّضاءَ بالمجهول لا يصحُّ كما ذكرَهُ في "الخانيَّة"[(٤)] فيما إذا استأذَنَها الوليُّ ولم يُسَمِّ الزَّوجَ، فقال: لأنَّ الرِّضا بالمجهولِ لا يتحقَّقُ، ولم أَرَهُ منقولاً)) اهـ، وأقرَّهُ في "النَّهر"[(٥)]. لكن ليس على عمومِهِ؛ لِما سيأتي[(٦)] في كلام "الشَّارح": ((أنَّها لو فوَّضَت الأمرَ إليه يصحُّ كقولِها: زَوِّجني ممن تختارُهُ ونحوِهِ))، قال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((ومقتضاه أنَّ الوليَّ لو قال لها: أنا راضٍ بما تفعلين، أو زَوِّجي نفسَكِ ممن تختارين ونحوَهُ أنه يكفي، وهو ظاهرٌ؛ لأنه فوَّضَ [٣/ق٥٤/ب] الأمرَ إليها، ولأنَّه من بابِ الإسقاط)) اهـ. ٢/٢٩٧

[١١٥٠٤] (قولُهُ: فليُحفَظْ) قال في "الحقائق" شرح "المنظومة النَّسفيَّة"[(٧)]: ((وهذا مما يجبُ حفظُهُ لكثرة وقوعِهِ)) اهـ.

وقال "الكمال"[(٨)]: ((لأنَّ المُحلِّلَ في الغالب يكونُ غيرَ كفءٍ، وأمَّا لو باشَرَ الوليُّ عَقْدَ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ١١٨/٣ بتصرف يسير.

(٣) ((أن)) ليست في النسخ جميعها، وما أثبتناه من "البحر" هو الأنسب للسياق.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ٣٣٥/١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ق١٧٤/أ.

(٦) "در" صـ٢٠٨ـ.

(٧) لم نعثر عليها في مخطوطة "الحقائق شرح المنظومة النسفية" التي بين أيدينا.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٥٧/٣.

وهو ظاهرُ الرِّواية (فرِضا البعضِ) من الأولياءِ قبلَ العقد أو بعدَهُ (كالكلِّ) لثبوتِهِ لكلٍّ كملاً[١] كوَلاية أمانٍ و قَوَدٍ،..

المُحلّل فإنَّها تَحِلُّ للأوَّلِ)) اهـ.

وفي "البحر"[٢]: ((وهذا كلُّهُ إذا كان لها وليٌّ، وإلاَّ فهو صحيحٌ مطلقاً اتِّفاقاً)).

[١١٥٠٥] (قولُهُ: وهو ظاهرُ الرِّوايةِ) وبه أفتى كثيرٌ من المشايخ، فقد اختلَفَ الإفتاءُ، "بحر"[٣]. لكنْ علمتَ أنَّ الثَّانيَ أقربُ إلى الاحتياط.

[١١٥٠٦] (قولُهُ: قبلَ العَقْدِ أو بعدَهُ) فيه أنَّ الرِّضا قبل العَقْدِ يصحُّ على كلٍّ من الأوَّلِ والثَّاني، وأمَّا المبنيُّ على الأوَّلِ فقط فهو الرِّضاءُ بعد العَقْدِ، فإنَّه يصحُّ عليه لا على الثَّاني المفتى به كما قدَّمناه[٤] عن "البحر"، وكلامُ المتن يُوهِمُ أنَّه على الثَّاني لا يكونُ رِضاءُ البعض كالكلِّ، ولا وجهَ له، ولعلَّ "الشَّارح" قصَدَ بما ذكَرَهُ دَفْعَ هذا الإيهامِ، تأمَّل.

[١١٥٠٧] (قولُهُ: لثُبُوتِهِ لكلٍّ كَمَلاً) لأنَّه حقٌّ واحدٌ لا يَتَجزَّأ؛ لأنَّه ثَبَتَ بسببٍ لا يَتَجزَّأ، "بحر"[٥].

[١١٥٠٨] (قولُهُ: كوَلايةِ أَمانٍ وقَوَدٍ) فإذا أَمَّنَ مسلمٌ حربيّاً ليس لمسلمٍ آخرَ أنْ يَتعرَّضَ للحربيِّ أو لمالِهِ، وإذا عفا أحدُ أولياء القِصاص ليس لوليٍّ آخرَ طلبُهُ، "ح"[٦].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لثبوته لكل كملاً إلخ، يعني للأولياء المستوين في الدرجة، وذلك كوَلاية الأمان، قال في "إجابة السائل اختصار أنفع الوسائل": إذا استوى وليَّان كشقيقين أو اجتمع أبوان كأن ادَّعيا ولد أمة مشتركة جاز استقلال كلٍّ بالنكاح، فإن زوَّجاها صحَّ السابق، وإن لم يُعْلَمْ بَطَلاَ، انتهى. قيل: وأما السَّيِّدان فلا يزوج أحدهما الأمة المشتركة لهما أو المعتقة لهما، وأما في القرابة فيزوِّجُ كلُّ واحدٍ منهما كأنَّه ليس معه غيرُهُ فينفرد به، كذا في الزَّيلعي في باب ما يوجب القود، انتهى)). ق١٥٥/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ١٣٨/٣.

(٤) في المقولة السابقة.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ١٣٨/٣.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/أ.

وسنحقِّقُهُ في الوقف (لو استَوَوْا في الدَّرَجةِ، وإلاَّ فللأقربِ) منهم (حقُّ[1] الفسخِ، وإنْ لم يكن لها وليٌّ فهو) أي: العَقْدُ (صحيحٌ) نافذٌ........................

[١١٥٠٩] (قولُهُ: وسنُحقِّقُهُ[2] في الوقفِ) حيث زادَ على ما هنا مما يَقُومُ فيه البعضُ مَقامَ الكلِّ: ((بعضُ مُستحقِّي الوقفِ يَنتصِبُ خصماً عن الكلِّ، وكذا بعضُ الورثة، وكذا إثباتُ الإعسارِ في وجهِ أحدِ الغُرَماء، ووَلايةُ المطالبة بإزالةِ الضَّررِ العامِّ عن طريق المسلمين)).

[١١٥١٠] (قولُهُ: وإلاَّ إلخ) أي: وإنْ لم يَستَوُوا في الدَّرجةِ وقد رَضِيَ الأبعدُ فللأقربِ الاعتراضُ، "بحر"[3] عن "الفتح"[4] وغيره.

[١١٥١١] (قولُهُ: وإنْ لم يكن لها وليٌّ إلخ) أي: عَصَبةٌ كما مَرَّ[5]، والأَولى التَّعبيرُ به، وهذا الذي ذكرَهُ "المصنِّفُ" من الحكم ذكرَهُ في "الفتح"[6] بحثاً بصيغةِ ((ينبغي)) أخذاً من التَّعليل بدَفْعِ الضَّررِ عن الأولياء، وأنَّها رَضِيَتْ بإسقاطِ حقِّها، وجزَمَ به في "البحر"[7] فتبِعَهُ "المصنِّفُ".

والظَّاهرُ: أنَّه لو كان لها عَصَبةٌ صغيرٌ فهو بمنزلةِ مَن لا وليَّ لها؛ لأنَّه لا وَلايةَ له، وكذا لو كان عبداً أو كافراً كما سيشيرُ[8] إليه "الشَّارح" عند قولِهِ: ((الوليُّ في النِّكاحِ العَصَبةُ إلخ)) كما سنُبيِّنُهُ[9] هناك، وعلى هذا فلو بلَغَ أو عتَقَ أو أسلَمَ لا يتجدَّدُ له حقُّ الاعتراضِ، وأمَّا لو كان

---

(١) ((حق)) ليست في "د" و "و".

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢١٦٦٧] قوله: ((وكذا بعض الأولياء المتساوين)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ١٣٨/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ١٨٨/٣.

(٥) "در" صـ١٨٨ـ.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٥٧/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٨) "در" صـ٢٥٧ـ.

(٩) المقولة [١١٦٨٢] قوله: ((بشرط حرية إلخ)).

(مطلقاً) اتّفاقاً.

(وقَبْضُهُ) أي: وليٌّ له حقُّ الاعتراضِ (المهرَ ونحوُهُ[١]) مما يدلُّ على الرِّضا (رضًا)..

لها عَصَبَةٌ غائبٌ فهو كالحاضر؛ لأنَّ وَلايَتَهُ لا تَنقطِعُ، بدليلِ [٣/ق٤٦/أ] أنَّه لو زَوَّجَ الصَّغيرةَ حيث هو صَحَّ وإنْ كان لها وليٌّ آخرُ حاضرٌ على ما فيه من الخلاف كما سيأتي[٢].

والظَّاهرُ أيضاً: أنَّ هذا[٣] في البالغةِ، أمَّا الصَّغيرةُ فلا يصحُّ؛ لأنَّها لم تَرْضَ بإسقاطِ حقِّها، ألا تَرَى أنَّها لو كان لها عَصَبَةٌ، فزَوَّجَها من غيرِ كفءٍ لم يصحَّ؟ فكذا إذا لم يكن لها عَصَبَةٌ، هذا كلُّهُ ما ظهَرَ لي تَفَقُّهاً من كلامهم، ولم أره صريحاً.

[١١٥١٢] (قولُهُ: مطلقاً) أي: سواءٌ نَكَحَتْ كفئاً أو غيرَهُ، "ح"[٤].

[١١٥١٣] (قولُهُ: اتّفاقاً) أي: من القائلين بروايةِ ظاهرِ المذهب، والقائلين بروايةِ "الحسن" المفتى بها.

[١١٥١٤] (قولُهُ: أي: وليٌّ له حقُّ الاعتراضِ) يُوهِمُ أنَّ الوليَّ في قوله: ((وإنْ لم يكن لها وليٌّ)) المرادُ به ما يَشمَلُ الأرحامَ، وليس كذلك كما علمتَ، فالمناسبُ ذِكْرُ هذا التَّفسير هناك؛ ليُعلَمَ المرادُ في الموضعين ويَرتفِعَ الإيهامُ المذكور.

[١١٥١٥] (قولُهُ: ونحوُهُ) بالرَّفع عطفاً على ((قَبْضُهُ))، أي: ونحوُ قبضِ المهر كقبضِ النَّفقة أو المخاصمةُ في أحدهما وإنْ لم يَقبِضْ، وكالتَّجهيزِ ونحوِهِ، "فتح"[٥].

---

(١) في "د" زيادة: ((زوَّجت نفسها بغير إذن الأب، فبلَغَهُ الخبرُ فأخذ في تجهيزها فهو رضًا. "حاوي الزاهدي")) ق١٥٥/أ.

(٢) المقولة [١١٧٢١] قوله: ((جاز على الظاهر)).

(٣) في "ب": ((هذا))، وهو تحريف.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/أ بتصرف.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٧/٣.

دلالةً إنْ كان عدمُ الكفاءةِ ثابتاً عند القاضي[1] قبلَ مخاصمتِهِ، وإلاَّ لم يكن رضاءً..

[١١٥١٦] (قولُهُ: إن كان) كذا ذكرَهُ في "الذخيرة"، وأقرَّهُ في "البحر"[2] و"النَّهر"[3]

(قولُهُ: كذا ذكره في "الذَّخيرة" وأقرَّه إلخ) نصُّ ما فيها: ((وإذا زوَّجتِ المرأةُ نفسَها من غير كُفْءٍ بغير رضا الوليِّ فقبضَ الوليُّ مَهرَها وجهَّزها فهذا منه رضاً وتسليمٌ، ولو قبضَ و لم يُجهِّزها فقد اختلف المشايخ فيه، والصَّحيحُ أنَّه يكون رضاً وتسليماً، وإذا لم يَقبضْ مَهرَها ولكن خاصَمَ زوجَها في نفقتها وتقديرِ مَهرِها عليه بوكالةٍ منها كان ذلك منه رضاً وتسليماً للعَقْد استحساناً، وهذا إذا كان عدمُ الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مُخاصَمة الوليِّ إيَّاهُ، وأمَّا إذا لم يكن عدمُ الكفاءة ثابتاً قبل ذلك عند القاضي فلا يكون رضاً بالنِّكاح قياساً واستحساناً)) اهـ. وكذا ذكرها في "المحيط البُرهانيِّ" ونصُّه: ((وإذا زوَّجت المرأةُ نفسَها من غير كُفْءٍ بغير رضا الوليِّ فقبضَ الوليُّ مَهرَها وجهَّزها فهذا منه رضاً وتسليمٌ، ولو قبَضَه و لم يُجهِّزها فقد اختلف المشايخ فيه، والصَّحيحُ أنَّه يكونُ رضاً وتسليماً؛ لأنَّ العَقدَ توقَّف على إجازة الوليِّ، وقبضُ البدلِ ممَّن توقَّف العَقدُ على إجازته يكون رضًا منه بالعَقد دلالةً كما في البيع الموقوف، وأمَّا إذا لم يَقبضْ مَهرَها ولكن خاصَمَ زوجَها في نفقتها وتقديرِ مَهرِها عليه بوكالةٍ منها كان ذلك منه رضاً وتسليماً للعَقدِ استحساناً؛ لأنَّ طلبَ المهر لم يكن لإثبات عدمِ الكفاءة عند القاضي؛ لأنَّ عدمَ الكفاءة ثابتٌ عند القاضي؛ لأنَّ وضعَ المسألة فيما إذا زوَّجت نفسَها من غير كُفْءٍ فتعيَّن أن يكون طلبُ المهر للاستيفاء وذلك دلالةُ الرِّضا من غير احتمال، حتَّى لو لم يكن عدمُ الكفاءة ثابتاً عند القاضي لا يكونُ ذلك رضاً بالنِّكاح قياساً واستحساناً)) اهـ. فأنت ترى أنَّ هذا الشَّرطَ إنَّما هو فيما إذا لم يَقبضِ المهرَ وخاصَمَ الزَّوجَ في نفقتها وتقديرِ مَهرِها عليه بوكالةٍ عنها لا في أنواع الرِّضا دلالةً. و"الشَّارحُ" إنَّما جعلَهُ قيداً في الجميع أخذاً من العلَّة المذكورة في "المحيط"؛ فإنَّها تفيدُ أنَّ الحكمَ كذلك في غير مسألة المُخاصَمة المذكورةِ، ويكون المرادُ الاحترازُ عمَّا إذا لم يَثبتْ عدمُ الكفاءة، و لم يعلم الوليُّ بعدَمِها أيضاً؛ فإنَّ علمَهُ بعدمها كالثُّبوت عند القاضي في الدَّلالة على الرِّضا فيما ذَكَر، وهذا ظاهرُ الوجْهِ لا يخالفُ كلامَهُم.

---

(١) في "د" زيادة: ((فرع: في "فتاوى النسفي": للقاضي أن يبعث إلى شافعيٍّ ليبطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق، وللحنفيِّ أن يفعل ذلك، وكذا لو كان بغير وليٍّ فطلَّقها ثلاثاً، فبعث إلى شافعي زوَّجها منه بغير محلِّل، ثم يقضي بالصحة وبطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب إليه شيئاً، ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق، ولا شبهة ولا خبث في الولد، كذا في "الخلاصة". ثم قال: قال ظهيرُ الدِّين المرغيناني: لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلاَّ في اليمين المضافة، أمَّا لو فعلوا فقضى ينفذ، انتهى. كذا في "الفتح" و"البحر" عند قوله في شروط النكاح: ((ولو فاسقين)) ق١٥٥/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ١٣٩/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكْفاء ق١٧٤/أ.

كما (لا) يكونُ (سكوتُهُ) رِضًا ما لم تَلِدْ[1]، وأمَّا تصديقُهُ بأنَّه كفءٌ فلا يُسقِطُ حقَّ الباقين، "مبسوط"..

و"الشُّرنبلاليَّة"[2] و"شرح المقدسيِّ"، وظاهِرُهُ أنَّ هذا شرطٌ في الرِّضاءِ دلالةً فقط، وأنَّ مجرَّدَ العِلْم بعدم الكفاءة لا يكفي هنا بخلاف الرِّضا الصَّريح، حيث يكفي فيه العِلْمُ فقط، لكنَّ هذا مخالفٌ لإطلاقِ المتون، ولم يَذكُره في "الفتح" ولا في "كافي الحاكم" الذي جمَعَ كتبَ "ظاهرِ الرِّواية"، وأيضاً فوَجْهُهُ غيرُ ظاهرٍ، إلاَّ أنْ يكون الفَرْقُ انحطاطَ رتبةِ الدِّلالة عن الصَّريح، فليُتأمَّل.

وصورةُ المسألة: أنْ تكون هذه المرأةُ تَزَوَّجَتْ غيرَ كفءٍ، فخاصَمَ الوليُّ وأثبَتَ عند القاضي عدمَ الكفاءة، فقبَضَ الوليُّ المهرَ قبل التَّفريق، أو فَرَّقَ القاضي بينهما ثمَّ تَزَوَّجَتْهُ ثانياً بلا إذن الوليِّ فقبَضَ المهرَ.

[١١٥١٧] (قولُهُ: كما لا يكونُ إلخ) مُكرَّرٌ بقوله المارِّ[3]: ((ما لم يَسكُتْ حتَّى تَلِدَ)).

[١١٥١٨] (قولُهُ: وأمَّا تصديقُهُ إلخ) قال في "البحر"[4]: ((قيَّدَ بالرِّضا؛ لأنَّ التَّصديق بأنَّه كفءٌ من البعض لا يُسقِطُ حقَّ مَن أنكرَها، قال في "المبسوط"[5]: لو ادَّعَى أحدُ الأولياء أنَّ الزَّوج كفءٌ، وأثبَتَ الآخرُ أنَّه ليس بكفءٍ يكونُ[6] له أنْ يُطالِبَهُ بالتَّفريق؛ لأنَّ المُصدِّقَ يُنكِرُ سببَ الوجوب، وإنكارُ سببِ الشَّيء لا يكونُ إسقاطاً [٣/ق٤٦/ب] له اهـ. وفي "الفوائد التَّاجيَّة": أقامَ وليُّها شاهدَيْنِ بعدمِ الكفاءة، أو أقامَ زَوْجُها بالكفاءة لا يُشترَطُ لفظُ الشَّهادة؛ لأنَّه إخبارٌ)) اهـ.

---

(١) في "د" زيادة: ((هو المعتمد، وفي "الدراية" عن "المبسوط": وإن ولدت)). ق١٥٥/ب

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٣٣٥/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "در" صـ١٩٠ـ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٨/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الأكفاء ٢٧/٥.

(٦) ((يكون)) ليست في "آ".

(ولا تُجبَرُ البالغةُ البِكْرُ على النِّكاحِ) لانقطاعِ الوَلاية بالبلوغِ (فإن استأذَنَها هو) أي: الوليُّ، وهو السُّنَّةُ (أو وكيلُهُ أو رسولُهُ، أو زَوَّجَها) وليُّها وأخبَرَها رسولُهُ....

[١١٥١٩] (قولُهُ: ولا تُجبَرُ البالغةُ) ولا الحُرُّ البالغُ والمُكاتَبُ والمكاتبةُ ولو صغيرين، "ح"[(١)] عن "القهستانيّ"[(٢)].

[١١٥٢٠] (قولُهُ: البِكْرُ) أطلقَها فشَمِلَ ما إذا كانت تَزَوَّجَتْ قبل ذلك وطُلِّقَتْ قبل زوالِ البكارة، فتُزوَّجُ كما تُزوَّجُ الأبكارُ، نَصَّ عليه في "الأصل"[(٣)]، "بحر"[(٤)(٥)].

[١١٥٢١] (قولُهُ: وهو السُّنَّةُ) بأن يقول لها قبل النِّكاح: فلانٌ يَخطُبُكِ أو يَذكرُكِ فسكَتَتْ، وإنْ زَوَّجَها بغيرِ استئمارٍ فقد أخطَأَ السُّنَّةَ وتوقَّفَ على رضاها، "بحر"[(٦)] عن "المحيط". ٢٩٨/٢ واستحسَنَ "الرَّحمتيُّ" ما ذكرَهُ الشَّافعيَّة: ((من أنَّ السُّنَّة في الاستئذان أنْ يُرسِلَ إليها نِسْوةً ثقاتٍ يَنظُرنَ ما في نفسِها، والأُمُّ بذلك أَولى؛ لأنَّها تَطَّلِعُ على ما لا يَطَّلِعُ عليه غيرُها)) اهـ.

[١١٥٢٢] (قولُهُ: أو وكيلُهُ أو رسولُهُ) الأوَّلُ أنْ يقول: وكَّلتُكَ تَستأذِنُ لي فلانةً في كذا، والثَّاني أنْ يقول: اِذهب إلى فلانةٍ وقل لها: إنَّ أخاكِ فلاناً يَستأذِنُكِ في كذا.

[١١٥٢٣] (قولُهُ: وأخبَرَها رسولُهُ إلخ) أفادَ أنَّ قول "المصنِّف": ((أو زَوَّجَها)) محمولٌ على ما إذا زَوَّجَها في غَيْبتِها، وهذا وإن كان خلافَ المتبادر منه لكنْ يُرجِّحُهُ دَفْعُ التَّكرارِ مع قوله الآتي[(٧)]: ((وكذا إذا زَوَّجَها عندها فسكَتَتْ))، وفي "البحر"[(٨)]: ((واختُلِفَ فيما إذا زَوَّجَها

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/أ ـ ب بتصرف.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ٢٧٧/١ نقلاً عن "النظم".

(٣) "الأصل": كتاب نكاح البكر ٧/٥.

(٤) في "د" زيادة: ((وَشِمل ما إذا خاصمت الزوج في المهر، وفيه خلاف، وتمامه في "البحر")). ق١٥٥/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

(٧) "در" صـ٢٠٩ـ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

أو فضوليٌّ عَدْلٌ (فسَكَتَتْ) عن[1] رَدِّهِ مختارةً (أو ضَحِكَتْ.......................

غيرَ كفءٍ فبَلَغَها فسكَتَتْ، فقالا: لا يكونُ رِضًا، وقيل في قول "أبي حنيفة": يكونُ رِضا إنْ كان المُزوِّجُ أباً أو جَدّاً، وإنْ كان غيرَهما فلا كما في "الخانيَّة"[2] أخذاً من مسألةِ الصَّغيرةِ المُزوَّجةِ من غيرِ كفءٍ)) اهـ.

قال في "النَّهر"[3]: ((وجزَمَ[4] في "الدِّراية" بالأوَّلِ بلفظِ: قالوا)).

[١١٥٢٤] (قولُهُ: أو فُضُوليٌّ عَدْلٌ) الشَّرطُ في الفُضُوليِّ العدالةُ أو العددُ، فيكفي إخبارُ واحدٍ عَدْلٍ أو مَستُورَيْنِ عند "أبي حنيفة"، ولا يكفي إخبارُ واحدٍ غيرِ عَدْلٍ، ولها نظائرُ ستأتي[5] في مُتفرِّقاتِ القضاء.

[١١٥٢٥] (قولُهُ: فسكَتَتْ) أي: البِكْرُ البالغةُ بخلاف الابن الكبير، فلا يكونُ سكوتُهُ رضًا حتَّى يرضى بالكلام، "كافي الحاكم".

[١١٥٢٦] (قولُهُ: عن رَدِّهِ) قيَّدَ به إذ ليس المرادُ مُطلَقَ السُّكوت؛ لأنَّها لو بلَغَها الخبرُ فتكلَّمَتْ بأجنبيٍّ فهو سكوتٌ هنا، فيكونُ إجازةً، فلو قالت: الحمدُ للهِ اخترتُ نفسي، أو قالت: هو دَبَّاغٌ لا أُريدُهُ فهذا كلامٌ واحدٌ، فهو رَدٌّ[6]، "بحر"[7].

[١١٥٢٧] (قولُهُ: مُختارَةً) أمَّا لو أخذَها [٣/ق٤٧/أ] عطاسٌ أو سعالٌ حين أُخبِرَتْ، فلمَّا ذهَبَ قالت: لا أرضى، أو أخَذَ فمَها ثمَّ ترَكَ فقالت ذلك صَحَّ رَدُّها؛ لأنَّ سكوتَها كان عن اضطرارٍ، "بحر"[8][9].

---

(١) في "ط": ((عند)).

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ١/٣٣٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٦٩/ب.

(٤) في "م": ((وجزم به)).

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٧٢٥] قوله: ((أو فاسق)).

(٦) في "د" زيادة: ((كذا في "الظهيرية")). ق١٥٥/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١١٩.

(٨) في "د" زيادة: ((عن "الخانية")). ق١٥٥/أ.

(٩) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١١٩.

غيرَ مُستهزِئةٍ، أو تبسَّمَتْ أو بَكَتْ بلا صوتٍ[١]) فلو بصوتٍ لم يكن إذناً ولا ردّاً، حتّى لو رَضِيَتْ بعدَهُ انعقَدَ، "معراج" وغيره. فما في "الوقاية" و"الملتقى" فيه نَظَرٌ..

[١١٥٢٨] (قولُهُ: غيرَ مُستهزِئةٍ) وضِحْكُ الاستهزاءِ لا يخفى على مَن يَحضُرُه؛ لأنَّ الضِّحْكَ إنما جُعِلَ إذناً لدلالتِهِ على الرِّضا، فإذا لم يَدُلَّ على الرِّضا لم يكن إذناً، "بحر"[٢] وغيره.

[١١٥٢٩] (قولُهُ: أو بَكَتْ بلا صوتٍ) هو المختارُ للفتوى؛ لأنَّه حزنٌ على مُفارقةِ أهلها، "بحر"[٣]، أي: وإنما يكونُ ذلك عند الإجازة، "معراج".

[١١٥٣٠] (قولُهُ: فما في "الوقاية"[٤] و"الملتقى"[٥]) أي: ((مِن أنَّه هو والبكاءَ بلا صوتٍ إذنٌ، ومعه رَدٌّ)).

[١١٥٣١] (قولُهُ: فيه نظرٌ) أي: لمخالفتِهِ لِما في "المعراج"، ولا يخفى ما فيه، فإنَّ ما في "الوقاية" و"الملتقى" ذكَرَ مثلَهُ في "النّقاية"[٦] و"الإصلاح"، والمتونُ مُقدَّمةٌ على الشُّروح، وفي "شرح الجامع الصَّغير" لـ "قاضي خان"[٧]: ((وإنْ بَكَتْ كان رَدّاً في إحدى الرِّوايتين

(قولُهُ: وفي "شرح الجامع الصغير" لـ"قاضيخان": ((وإنْ بَكَتْ كان رَدّاً في إحدى الرِّوايتَيْن إلخ))) ما فيه لا يُخالفُ ما في "المعراج"؛ إذ موضوعُ ما في "الجامع" البُكاءُ عن الصَّوت والويل، وهذا لا يتوهَّمُ

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو بكت بلا صوت إلخ، أقول: فلو اختلفا، فقال الزوج: بَكَتْ بلا صوت، وقالت: بصوت، ولم أرضَ، فالقول قولها؛ لأنها منكرة وهو المدَّعي رافقه الحال، تأمل. خير الدين الرملي)). ق١٥٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٠.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢١.

(٤) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/١٦٨ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/٢٤٣.

(٦) انظر شرح "النقاية" لملا علي القاري: كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٨/٥٦٧.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب تزويج البكر والصغير والصغيرة ١/ق ٧٤/أ.

(فهو إذنٌ) أي: توكيلٌ في الأوَّلِ إنِ اتَّحَدَ الوليُّ ....

عن "أبي يوسف"، وعنه في روايةٍ يكونُ رِضا، قالوا: إنْ كان البكاءُ عن صوتٍ ووَيْلٍ لا يكون رِضا، وإنْ كان عن سكوتٍ فهو رِضا)) اهـ.

وبه ظهَرَ أنَّ أصلَ الخلاف في أنَّ البكاء هل هو رَدٌّ أوْ لا؟ وقولُهُ: ((قالوا إلخ)) توفيقٌ بين الرِّوايتين، فمعنى: لا يكونُ رِضا أنَّه يكونُ رَدّاً كما فَهِمَهُ صاحبُ "الوقاية"[1] وغيرُهُ، وصرَّحَ به أيضاً في "الذَّخيرة"، حيث قال بعدَ حكايةِ الرِّوايتين: ((وبعضُهم قالوا: إنْ كان مع الصِّياح والصَّوتِ فهو رَدٌّ، وإلاَّ فهو رِضا، وهو[2] الأوجهُ، وعليه الفتوى)) اهـ.

كيف والبكاءُ بالصَّوتِ والويلِ قرينةٌ على الرَّدِّ وعدمِ الرِّضا؟! وعن هذا قال في "الفتح"[3] بعد حكايةِ الرِّوايتين: ((والمُعوَّلُ اعتبارُ قرائنِ الأحوال في البكاء والضِّحْك، فإنْ تعارَضَتْ أو أشكَلَ احتِيْطَ)) اهـ، فقد ظهَرَ لك أنَّ ما في "المعراج" ضعيفٌ لا يُعوَّلُ عليه.

[١١٥٣٢] (قولُهُ: فهو إذْنٌ) أي: وإنْ لم تَعلَمْ أنَّه إذنٌ كما في "الفتح"[4].

[١١٥٣٣] (قولُهُ: أي: توكيلٌ في الأوَّلِ) أي: فيما إذا استأذَنَها قبل العَقْدِ، حتَّى لو قالت بعد ذلك: لا أرضى، ولم يَعلَمْ به الوليُّ فزَوَّجَها صَحَّ كما في "الظَّهيريَّة"[5]؛ لأنَّ الوكيل لا ينعزِلُ

أحدٌ أنَّه رضا، وموضوعُ ما في "المعراج" بُكاءٌ عن صوتٍ أي: مُجرَّدٌ عن الويل، ولا يُعلَمُ من عبارة "الجامع" حُكمُ البُكاء عن صَوتٍ بدون ويلٍ، ويُعلَمُ مِمَّا ذكره في "الذَّخيرة" أنَّه رضا، وأنَّه الأوجهُ وعليه الفَتْوى، فقد اختلفت عباراتُهُم في البُكاء عن الصَّوت؛ فعلى ما في "المعراج" ليس إذناً ولا رَدّاً، وعلى ما في "الوقاية" هو رَدٌّ، وعلى ما في "الذَّخيرة" هو رضا.

---

(١) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/١٦٨ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) من ((والصوت)) إلى ((وهو)) ساقط من "آ".

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٦٤.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٦٤.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيب ومعرفة الأكفاء ق٧٦/ب.

ـ فلو تعدَّدَ المزوِّجُ لم يكن سكوتُها إذناً ـ وإجازةٌ في الثاني إنْ بَقِيَ النِّكـاحُ، لا لـو بطَلَ بموتِهِ، ولو قالت بعدَ موتِهِ: زَوَّجَني أبي بأمري، وأنكَرَتِ الورثةُ..........

حتَّى يَعلَمَ، "بحر"[(١)].

[١١٥٣٤] (قولُهُ: فلو تعدَّدَ المُزوِّجُ إلخ) عبارةُ "البحـر"[(٢)]: ((ولـو زَوَّجَهـا وليّـان متسـاويان كلٌّ واحدٍ منهما من رَجُلٍ، فأجازَتْهما معاً بَطَلا لعدم الأولويَّة، وإنْ سكَتَتْ بَقِيا موقوفين حتّـى تُجيزَ أحدَهما بالقول أو بالفعل، [٣/ق٤٧/ب] وهو ظاهرُ الجواب كما في "البدائع"[(٣)])) اهـ.

ولا يخفى أنَّ هذا في الإجازةِ والكلامَ الآن في التَّوكيـل، أي: الإذنِ قبـل العَقْـدِ، لكـنَّ الظَّاهر أنَّ الحكم لا يَختلِفُ في الموضعين إنْ زَوَّجاها معاً بعد الاستئذان، أمَّـا لـو استأذناها فسكَتَتْ، فزَوَّجَاها مُتعاقباً من رجلينَ ينبغي أنْ يصحَّ السَّابقُ منهما لعدم المُزاحِم، فافهم.

[١١٥٣٥] (قولُهُ: وإجازةٌ) عطفٌ على ((توكيلٌ))، وقولُهُ: ((في الثَّـاني)) أي: فيمـا إذا[(٤)] استأذَنَها بعد العَقْدِ، وهذا هو الأصحُّ، وفي روايةٍ: لا يكونُ السُّكوتُ بعـد العَقْـدِ رِضـا كمـا بسَطَهُ في "الفتح"[(٥)]، وقدَّمنا[(٦)] الخلافَ أيضاً فيما إذا زَوَّجَها غيرَ كفءٍ فبَلَغَها فسكَتَتْ.

[١١٥٣٦] (قولُهُ: لا لو بطَلَ بموتِهِ) لأنَّ الإجازة شرطُها قيامُ العَقْدِ، "بحر"[(٧)].

(قولُهُ: أمَّا لو استأذَنَاها فسكتت، فزوَّجاهـا مُتعاقبـاً مـن رجُلَيْـن، يتبغـي أن يصـحَّ السَّـابقُ إلخ) فيـه أنَّ سُكوتَها بعد الاستئذان توكيلٌ لهما بالزَّواج، وليس لأحد الوكيلَيْن الانفرادُ فلا يَنفُذُ عليها السَّابقُ من العقدَيْن بل يكون كلٌّ منهما موقوفاً على إجازتها فأيّاً أجازَتْه نفذَ. نعم لو استأذناها على التَّعاقُب يصحُّ السَّابقُ منهما.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٣.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه ـ فصل: وأما الذي يرجع إلى المُولَّى عليه ٢٤٣/٢.

(٤) ((إذا)) ساقطة من "م".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٦٧/٣.

(٦) المقولة [١١٥٢٣] قوله: ((وأخبرها رسوله إلخ)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

فالقولُ لها، فتَرِثُ وتعتدُّ، ولو قالت: بغيرِ أمري لكنّه بلَغَني فرَضِيتُ فالقولُ لهم، وقولُها: ((غيرُهُ أَولى منه)) رَدٌّ قبلَ العقدِ لا بعدَهُ.........

[١١٥٣٧] (قولُهُ: فالقولُ لها) لأنَّ الأصل أنَّ المسلمَ المكلَّفَ لا يَعقِدُ إلاَّ العَقْدَ الصَّحيحَ النَّافذَ.

[١١٥٣٨] (قولُهُ: فالقولُ لهم) لأنّها أَقَرَّتْ أنَّ العَقْد وقَعَ غيرَ تامٍّ، ثمَّ ادَّعَت النَّفاذَ بعد ذلك، فلا يُقبَلُ منها لمكانِ التُّهَمَةِ، "بحر"(١). وحينئذٍ فلا تَرِثُ، وهل تَعتَدُّ؟ فإنْ كانت صادقةً في نفس الأمرِ فلا شَكَّ في وجوبِ العِدَّةِ عليها ديانةً، وإلاَّ فلا، نعم لو أرادَتْ أنْ تتزوَّجَ تُمنَعُ مُؤاخَذَةً لها بقولها، وأمَّا لو تَزَوَّجَتْ ففي "الذَّخيرة": ((لو تَزَوَّجَت المرأةُ ثمَّ ادَّعَت العِدَّةَ(٢)، فقال الزَّوجُ: تَزَوَّجتُكِ بعدها فالقولُ قولُهُ؛ لأنَّه يدَّعي الصِّحَّةَ)) اهـ. فلعلَّه يقال هنا كذلك؛ لأنَّ إقرارها السَّابقَ لم يَثبُتْ من كلِّ وجهٍ، هذا ما ظهَرَ لي.

٢٩٩/٢

[١١٥٣٩] (قولُهُ: وقولُها: غيرُهُ) أي: غيرُ هذا الزَّوج.

[١١٥٤٠] (قولُهُ: رَدٌّ قبلَ العَقْدِ لا بعدَهُ) فرَّقُوا بينهما بأنَّه يَحتمِلُ الإذنَ وعدمَهُ، فقَبْلَ النِّكاحِ لم يكن النِّكاحُ، فلا يجوزُ بالشَّكِّ، وبعده كان فلا يَبطُلُ بالشَّكِّ، كذا في "الظَّهيريَّة"(٣)، وهو مُشكِلٌ بأنَّه لا يكونُ نكاحاً إلاَّ بعد الصِّحَّة وهي بعدَ الإذن، فالظَّاهرُ أنَّه ليس بإذنٍ فيهما، "بحر"(٤). وأصلُ الإشكال لصاحب "الفتح"(٥)، وأجاب عنه "المقدسيُّ":

(قولُهُ: وأصلُ الإشكال لصاحب "الفتح"، وأجاب عنه "المَقدسِيُّ": بأنَّ العَقدَ إلخ) الأظهرُ في توجيه الفَرْق أن يقالَ: ((لَمَّا كان قولُها: ((غيرُه أَولى منه))؛ مُحتمِلاً للإذن، عدَمُه لا يكون إذناً أي: توكيلاً

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٢) من((نعم)) إلى((العدة)) ساقط من "آ".

(٣) "الفتاوى الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيب ومعرفة الأكْفاء ق٧٦/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣.

ولو زَوَّجَها لنفسِهِ فسكوتُها رَدٌّ بعدَ العقد لا قبله، ولو استأذَنَها في معيَّنٍ فرَدَّتْ،..

((بأنَّ العَقْد إذا وقَعَ، ثمَّ ورَدَ بعده ما يَحتمِلُ كونَهُ تقريراً له وكونَهُ رَدّاً ترجَّحَ بوقوعِهِ احتمالُ التَّقرير، وإذا ورَدَ قبله ما يَحتمِلُ الإذنَ وعدمَهُ ترجَّحَ الرَّدُّ لعدم وقوعِهِ، فيَمنَعُ من إيقاعِهِ لعدم تحقُّقِ الإذن فيه)).

[١١٥٤١] (قولُهُ: ولو زَوَّجَها لنفسِهِ إلخ) محترزُ قولِ "المصنِّف"[(١)]: ((أو [٣/ق٤٨/أ] زَوَّجَها))، أي: أنَّ الوليَّ لو تَزَوَّجَها ـ كابن العمِّ إذا تَزَوَّجَ بنتَ عمِّهِ البِكْرَ البالغَ ـ بغيرِ إذنها، فبَلَغَها الخبرُ[(٢)] فسكَتَتْ لا يكونُ رِضا؛ لأنَّه كان أصيلاً في نفسِهِ فضوليّاً في جانب المرأة، فلم يَتِمَّ العَقْدُ في قول "أبي حنيفة" و"محمَّدٍ"، فلا يَعمَلُ الرِّضا، ولو استأمَرَها في التَّزويجِ من نفسِهِ فسكَتَتْ جازَ إجماعاً، "بحر"[(٣)] عن "الخانيَّة"[(٤)].

والحاصلُ: أنَّ الفضوليَّ ولو من جانبٍ إذا تَوَلَّى طَرَفي العَقْدِ لا يتوقَّفُ عَقْدُهُ على الإجازة عندهما بل يقعُ باطلاً، بخلاف ما لو باشَرَ العَقْدَ مع غيره من أصيلٍ أو وليٍّ أو وكيلٍ[(٥)] أو فضوليٍّ آخرَ، فإنَّه يتوقَّفُ اتِّفاقاً كما سيأتي[(٦)] آخرَ باب الكفاءة[(٧)].

قبله؛ لعدم ثُبوت التَّوكيل بالشَّكّ، ولو قالته بعده لا يكونُ رَدّاً وإبطالاً له، للاحتمال أيضاً فلا يَثبتُ بالشَّكِّ، والنِّكاح الموقوفُ صحيحٌ، وله وجودٌ في ذاته، وإن كان لا يترتَّبُ عليه أحكامُه إلاَّ بالنَّفاذ؛ فإذا وُجِدَ منها ما يَحتملُ الرَّدَّ وعدَمَه لا يكون رَدّاً؛ لعدم ثُبوته به كالتوكيل.

---

(١) "در" صـ١٩٨ـ.

(٢) ((الخبر)) ليست في "ب" و"م".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٢/٣.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ٣٣٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) ((وكيل)) ساقطة من "الأصل".

(٦) المقولة رقم [١١٨٥٢] قوله: ((كنكاح الفضولي)).

(٧) من ((والحاصل)) إلى ((الكفاءة)) ساقط من "آ".

ثمَّ زَوَّجَها منه فسكَتَتْ[١] صَحَّ في الأصحِّ، بخلافِ ما لو بلَغَها فرَدَّتْ، ثمَّ قالت: رَضِيتُ لم يَجُزْ لبطلانِهِ بالرَّدِّ، ولذا استحسنُوا التَّجديدَ عند الزِّفاف؛ لأنَّ الغالبَ إظهارُ النُّفْرةِ عند فجأةِ السَّماعِ، ولو استأذَنَها فسكَتَتْ، فوَكَّلَ مَن يُزوِّجُها ممن سَمَّاه جازَ....

[١١٥٤٢] (قولُهُ: فسكَتَتْ) أمَّا لو قالت حين بلَغَها: قد كنتُ قلتُ: إنِّي لا أريدُ فلاناً، ولم تَزِدْ على هذا لم يَجُز النِّكاحُ؛ لأنَّها أخبَرَتْ أنَّها على إبائها الأوَّلِ، "ذخيرة".

[١١٥٤٣] (قولُهُ: بخلافِ ما لو بلَغَها إلخ) لأنَّ نفاذ التَّزويج كان موقوفاً على الإجازةِ وقد بطَلَ بالرَّدِّ، والرَّدُّ في الأوَّل كان للاستئذان لا للتَّزويجِ[٢] العارِضِ بعده، لكنْ قال في "الفتح"[٣]: ((الأوجهُ عدمُ الصِّحَّة؛ لأنَّ ذلك الرَّدَّ الصَّريحَ يُضعِفُ كونَ ذلك السُّكوتِ دلالةَ الرِّضا)) اهـ، وأقرَّهُ في "البحر"[٤].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو استأذنها في معيَّنٍ فردّت، ثم زوَّجها منه فسكتت إلخ، وفي "الأشباه": ادعت بعد الزِّفاف أنها تزوَّجت بغير رضاها فالقولُ لها إذا طاوعته في الزِّفاف. انتهى. قال الحموي: وإذا برهنت أنها كانت ردّته قبل الزِّفاف، هل يقبل برهانها أو لا؟ فيه خلاف، واختلاف تصحيح، فقيل: يقبل برهانها، والصحيح: أنَّه لا يقبل؛ لأنَّ التمكين من الوطء كالإقرار كما في "الولوالجية"، وفي "منية المفتي": أنَّه المختار، وفي "البزازية": الأب إذا زوَّج البالغة، وتسلَّمها الزوج، ودخل بها الزوج، ثم برهنت على أنَّها كانت ردَّت النكاح قبل إجازتها فالمذكورُ في الكتب أنَّها تقبل، قال صاحب "الواقعات": الصحيح عدم القبول؛ لأنها متناقضة في الدعوى، والبينة تترتب على الصحيحة، والصحيحُ القبول كما ذكر في الكتب، وإن بطلت الدعوى فالبينة لا تبطل؛ لأنها قامت على تحريم الفرج، والبرهان عليه مقبول بلا دعوى.

غاية الأمر: أنَّ الشهود شهدوا على ردِّها العقد كما سمعت، وتصادق الزوج والمرأة على الإجازة فإنه يحكم بانفساخ العقد لتضمُّنه حرمة الفرج، والمفسوخُ لا تلحقه الإجازة. انتهى. وقد أَلَّف شيخُ مشايخنا العلاّمة نورُ الدِّين عليٌّ المقدسيُّ في هذه المسألة رسالةً اعتمد فيها على تصحيح القبول، والمختار: أن الزفاف لا يُكره إذا لم يشتمل على مفسدة كما في "الفتح".

قلت: هو حرام في زماننا فضلاً عن الكراهة؛ لأمورٍ لا تخفى عليك، منها: اختلاط النساء بالرجال، وفي الذخيرة: ضربُ الدُّفِّ في العرس مختلَفٌ فيه، ومحله: ما لا جلاجل له، أمَّا ما له جلاجل فمكروهٌ، وقد اختلفوا في الغناء في العرس والوليمة، فمنهم من قال بعدم الكراهة كضرب الدُّف، انتهى)). ق١٥٥/ب.

(٢) في "ب" و"م": ((التزوج)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٦٧/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣.

إنْ عُرِفَ[1] الزَّوْجُ والمهرُ كما في "القنية"[2]، واستشكَلَهُ في "البحر"[3]:..........

وقد يقال: إنَّه قد تكونُ عَلِمَتْ بعد ذلك بحسنِ حاله، وقد يكونُ رَدُّها الأوَّلُ حياءً؛ لِما علمتَهُ من أنَّ الغالب إظهارُ النُّفرةِ عند فجأة السَّماع، ولو كانت على امتناعِها الأوَّلِ لصَرَّحَتْ بالرَّدِّ كما صَرَّحَتْ به أوَّلاً ولم تَسْتَحِ منه.

[١١٥٤٤] (قولُهُ: إنْ عُرِفَ) بالبناء للمجهول، ونائبُ الفاعل ضميرُ المرأةِ، والذي في "البحر"[4]: ((إنْ عَرَفَتْ)).

[١١٥٤٥] (قولُهُ: والمهرُ) ينبغي أنْ يكون على الخلافِ كما في مسألةِ المتن الآتية[5]، "ح"[6].

[١١٥٤٦] (قولُهُ: واستشكَلَهُ في "البحر" إلخ) يُؤيِّدُهُ ما قدَّمناه[7] أوَّلَ النِّكاح في أنَّ قوله: زَوِّجْني توكيلٌ أو إيجابٌ، عن "الخلاصة"[8]: ((لو قال الوكيلُ[9]: هَبِ ابنتَكَ لفلانٍ، فقال: وَهَبْتُ، لا يَنعقِدُ ما لم يَقُلِ الوكيلُ بعده: قَبِلْتُ؛ لأنَّ الوكيل لا يَملِكُ التَّوكيل)) اهـ. فهذا يدلُّ على أنَّ الوكيل ليس له التَّوكيلُ في النِّكاح، وأنَّه ليس من المسائلِ التي استثْنَوها

(قولُهُ: وقد يقالُ: إنَّه قد تكونُ عَلِمت بعد ذلك إلخ) ما قاله يَدلُّ على تصحيح القَوْل بالصِّحَّة، لكنَّه لا ينفي الاحتمالَ الذي ذكره في "الفتح"، فما زال السُّكوتُ مُحتمِلاً والإذنُ لا يَثبتُ بالشَّكِّ.

(قولُهُ: فهذا يَدلُّ على أنَّ الوكيلَ إلخ) ما قدَّمه عن "الخلاصة" لا يدلُّ على عدم صحَّة توكيل

---

(١) في "ب": ((عرفت)).

(٢) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في نكاح الأبكار ق٣٣/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٥) "در" صـ٢٠٨ـ.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/ب.

(٧) المقولة [١١١٤٢] قوله: ((بل هو توكيل ضمني)).

(٨) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر في الوكالة ق٨١/أ.

(٩) في "م": ((لوكيل))، وهو خطأ.

((بأنّه ليس للوكيلِ أنْ يُوكِّلَ بلا إذن))، فمقتضاه عدمُ الجوازِ أو أنّها مستثناةٌ (إنْ عَلِمَتْ بالزَّوج) أنّه مَن هو؟ لتُظهِرَ الرَّغبةَ فيه أو عنه، ولو في ضِمْنِ العامِّ كجيراني أو بَنِي عمِّي لو يُحصَوْن،.......................................

من هذه القاعدة، وقال "الرَّحمتيُّ" هناك: ((وفي "حاشية الحمويِّ" على "الأشباه"[(١)] عن كلام "محمَّدٍ" في "الأصل": أنَّ مباشرة وكيلِ الوكيلِ بحضرة الوكيل في النِّكاح لا تكونُ كمباشرةِ الوكيل بنفسه بخلافه في البيع، وفي "مختصر عصامٍ": أنّه جعَلَهُ [٣/ق٤٨/ب] كالبيع، فمباشرتُهُ بحضرتِهِ كمباشرتِهِ بنفسه)) اهـ.

فيمكنُ أن يكونَ ما في "القنية"[(٢)] مُفرَّعاً على روايةِ "عصامٍ"، لكنَّ "الأصل" ـ وهو "المبسوط" ـ من كتب ظاهر الرِّواية، فالظَّاهرُ عدم الجواز، فافهم.

[١١٥٤٧] (قولُهُ: ولو في ضمنِ العامِّ) وكذا لو سَمَّى لها فلاناً أو فلاناً، فسكَتَتْ فله أنْ يُزوِّجَها من أيِّهما شاء، "بحر"[(٣)].

[١١٥٤٨] (قولُهُ: لو يُحصَوْن) عبارةُ "الفتح"[(٤)]: ((وهم محصورون معروفون لها)) اهـ، ومقتضاها أنّها لو لم تَعرِفهم لم يصحَّ وإنْ كانوا محصورين.

الوكيل في النِّكاح مع معرفة المرأة الزَّوجَ والمهرَ، والموافقُ لِما يأتي في الوكالة ـ من أنَّ له التَّوكيلَ عند تقدير الثَّمن لحصول المقصود ـ أن يُقالَ هنا كذلك، فحيث كان الزَّوجُ والمهرُ معلومَيْن يصحُّ توكيلُ الوكيل، ويُنزَّلُ تعيينُ المَهْر منزلةَ تعيين الثَّمَن فزال الإشكالُ، وتبيَّن أنّه لا حاجةَ لحمْلِ ما في "القنية" على ما إذا باشر الوكيلُ الثاني بحضرة الوكيلِ الأوَّل جارياً على رواية "عصام"، وتبيَّن أيضاً أنَّ معرفةَ المهر لأبُدَّ منها وليس فيها الخلافُ كما في مسألة "المتن".

---

(١) "غمز عيون البصائر": كتاب الوكالة ٢٥/٣ بتصرف.

(٢) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في نكاح الأبكار ق٣٣/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٠/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٦٦/٣.

وإلاَّ لا ما لم تُفوِّضْ له[١] الأمرَ (لا) العلمِ (بالمهرِ) وقيل: يُشترَطُ، وهو قولُ المتأخِّرين، "بحر" عن "الذَّخيرة"، وأقرَّهُ "المصنِّفُ"[٢]،.........................

[١١٥٤٩] (قولُهُ: وإلاَّ لا) كقولِهِ: أُزوِّجُكِ من رَجُلٍ أو من بني تميمٍ، "بحر"[٣].

[١١٥٥٠] (قولُهُ: ما لم تُفوِّضْ له الأمرَ) أمَّا إذا قالت: أنا راضيةٌ بما تفعلُهُ أنتَ، بعدَ قولِه: إنَّ أقواماً يَخطُبونَكِ، أو: زَوِّجْني ممن تختارُهُ ونحوَهُ فهو استئذانٌ صحيحٌ كما في "الظَّهيريَّة"[٤]، وليس له بهذه المقالةِ أنْ يُزوِّجَها من رَجُلٍ رَدَّتْ نكاحَهُ أوَّلاً؛ لأنَّ المراد بهذا العمومِ غيرُهُ كالتَّوكيل بتزويجِ امرأةٍ، ليس للوكيل أنْ يُزوِّجَهُ مُطلَّقتَهُ إذا كان الزَّوجُ قد شَكَا منها للوكيل وأعلَمَهُ بطلاقِها كما في "الظَّهيريَّة"[٥]، "بحر"[٦].

[١١٥٥١] (قولُهُ: لا العِلْمِ بالمهرِ) أشار بتقديرِ العِلْمِ إلى أنَّ "المصنِّفَ" راعى المعنى في عطفِهِ ((المهرِ)) على ((الزوَّجِ))[٧]، وأصلُ التَّركيب: بشرطِ العِلْم بالزَّوجِ لا المهرِ، "ح"[٨].

[١١٥٥٢] (قولُهُ: وقيل: يُشترَطُ) أشارَ إلى ضعفِهِ وإنْ قال في "الفتح"[٩]: ((إنَّه الأوجهُ))؛ لأنَّ صاحب "الهداية"[١٠] صحَّحَ الأوَّلَ، وقال في "البحر"[١١]: ((إنَّه المذهبُ؛ لقولِ "الذَّخيرة": إنَّ إشاراتِ كتبِ "محمَّدٍ" تدلُّ عليه)) اهـ.

---

(١) ((له)) ساقطة من "د".

(٢) أي: "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٠ بتصرف.

(٤) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار والصغائر ق٧٦/أ.

(٥) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار والصغائر ق٧٦/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٠.

(٧) في "ب" و"م": ((التزوُّج))، وما أثبتناه من "الأصل" و"آ" هو الموافق لعبارة المتن.

(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/ب.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٦٦.

(١٠) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/١٩٧.

(١١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢١ بتصرف.

وما صحَّحَهُ في "الدُّرر" عن "الكافي" رَدَّهُ "الكمال" (وكذا إذا زَوَّجَها الوليُّ عندَها) أي: بحضرتِها (فسكَتَتْ) صَحَّ (في الأصحِّ)........................

قلت: وعلى القولِ باشتراط تسميتِهِ يُشتَرَطُ كونُهُ مهرَ المثل، فلا يكونُ السُّكوتُ رضا بدونه كما في "البحر"[1] عن "الزَّيلعيِّ"[2]، وبقي على القولِ بعدم الاشتراط فهل يُشتَرَطُ أنْ يُزوِّجَها بمهرِ المثل، حتَّى لو نقَصَ عنه لم يصحَّ العَقْدُ إلاَّ برضاها؟ صارت حادثةَ الفتوى، ورأيت في الحادي عشر من "البزَّازيَّة"[3]: ((وإنْ لم يُذكَر المهرُ، فزَوَّجَ الوكيلُ بأكثرَ من مهرِ المثلِ بما لا يَتغابَنُ النَّاسُ فيه، أو بأقلَّ من المثلِ بما لا يَتغابَنُ فيه النَّاسُ صَحَّ عنده خلافاً لهما؛ لكنْ للأولياءِ حقُّ الاعتراضِ في جانب المرأةِ دفعاً للعارِ عنهم)) اهـ، أي: إذا رَضِيَتْ بذلك. ٢/٣٠٠

ومقتضاه: أنَّه إذا كان الوكيلُ هو الوليَّ ـ كما في حادثِتنا ـ ورَضِيَتْ به صَحَّ، وإلاَّ فلا، تأمَّل.

[١١٥٥٣] (قولُهُ: وما صَحَّحَهُ في "الدُّرر"[4]) أي: من التَّفصيلِ، وهو: ((أنَّ الوليَّ إنْ كان أباً أو جَدّاً فذِكْرُ الزَّوجِ [٣/ق٤٩/أ] يكفي؛ لأنَّ الأب لو نقَصَ عن مهرِ المثل لا يكونُ إلاَّ لمصلحةٍ تَزِيدُ عليه، وإنْ كان غيرَهما فلا بدَّ من تسميةِ الزَّوجِ والمهرِ)).

[١١٥٥٤] (قولُهُ: عن "الكافي"[5]) أي: ناقلاً تصحيحَهُ عن "الكافي"، فافهم.

[١١٥٥٥] (قولُهُ: رَدَّهُ "الكمالُ"[6]) بقولِهِ: ((وما ذُكِرَ من التَّفصيل ليس بشيء؛ لأنَّ ذلك في تزويجِهِ الصَّغيرةَ بحكمِ الجبر، والكلامُ في الكبيرة التي وجَبَ مُشاورتُهُ لها، والأبُ في ذلك كالأجنبيِّ)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢١ بتصرف.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/١١٩ بتصرف.

(٣) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر في الوكالة ٤/١٣٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/٣٣٦ بتصرف نقلاً عن "الكافي".

(٥) "كافي النسفي": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٠٦/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٦٦.

إنْ عَلِمَتْهُ كما مرَّ[١]، والسُّكوتُ كالنُّطقِ في سبعٍ وثلاثين مسألةً مذكورةً في "الأشباه" (فإن استأذَنَها غيرُ الأقربِ) كأجنبيٍّ أو وليٍّ بعيدٍ.......................

[١١٥٥٦] (قولُهُ: إنْ عَلِمَتْهُ) أي: الزَّوجَ، وأمَّا المهرُ ففيه ما مَرَّ[٢] آنفاً كما نبَّهَ عليه في "البحر"[٣].

[١١٥٥٧] (قولُهُ: في سبعٍ وثلاثين مسألةً[٤] مذكورةً في "الأشباه"[٥]) أي: في قاعدةِ: لا يُنسَبُ إلى ساكتٍ قولٌ، وذكَرَ "المحشِّي"[٦] عبارتَهُ بتمامها، وزادَ عليها "ط"[٧] عن "الحمويِّ" مسائلَ أُخرَ سيذكرُها[٨] "الشَّارحُ" في الفوائد التي ذكَرَها بين كتاب الوقف وكتاب البيوع، وسيأتي[٩] الكلامُ عليها كلِّها هناك إن شاء الله تعالى.

[١١٥٥٨] (قولُهُ: كأجنبيٍّ) المرادُ به مَن ليس له وَلايةٌ، فشَمِلَ الأبَ إذا كان كافراً أو عبداً أو مكاتباً، لكنَّ رسول الوليِّ قائمٌ مَقامَهُ، فيكونُ سكوتُها رِضا عند استئذانِهِ كما في "الفتح"[١٠]، والوكيلُ كذلك كما في "البحر"[١١] عن "القنية"[١٢].

[١١٥٥٩] (قولُهُ: أو وليٍّ بعيدٍ) كالأخِ مع الأب إذا لم يكن الأبُ غائباً غَيْبةً منقطعةً

---

(١) "در" صـ٢٠٥ـ.

(٢) المقولة [١١٥٥٢] قوله: ((وقيل: يشترط)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢١/٣ بتصرف.

(٤) ((مسألة)) ليست في "الأصل" و"آ" و"ب".

(٥) "الأشباه والنظائر": القاعدة الثانية عشرة صـ١٧٨ـ وما بعدها.

(٦) أي: "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب وما بعدها.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٠/٢.

(٨) انظر "الدر" عند المقولة [٢٢٠١٢] قوله: ((عدّ منها سبعة وثلاثين)).

(٩) المقولة [٢٢٠١٢] قوله: ((عدَّ منها سبعة وثلاثين)).

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣ بتصرف.

(١١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(١٢) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في نكاح الأبكار ق٣٣/ب.

(فلا) عبرةَ لسكوتِها (بل لا بدَّ من القولِ كالثَّيِّبِ) البالغةِ لا فَرْقَ بينهما إلاَّ في السُّكوتِ؛ لأنَّ رضاهما يكونُ بالدِّلالة كما ذكرَهُ بقوله: (أو ما هو في معناه) مِن فعلٍ يدلُّ على الرِّضا (كطَلَبِ مهرِها) ونفقتِها (وتمكينِها من الوطءِ).............

كما في "الخانيَّة"(١).

[١١٥٦٠] (قولُهُ: فلا عِبرةَ لسكوتِها) وعن "الكرخيِّ": يكفي سكوتُها، "فتح"(٢).

[١١٥٦١] (قولُهُ: كالثَّيِّبِ البالغةِ) أمَّا الصَّغيرةُ فلا استئذانَ في حقِّها كالبكرِ الصَّغيرة، "فتح"(٣).

[١١٥٦٢] (قولُهُ: إلاَّ في السُّكوتِ) حيث يكونُ سكوتُ البِكْر البالغة إذناً في حقِّ الوليِّ الأقربِ، ولا يكونُ إذناً في الثيِّبِ البالغةِ مطلقاً، والاستثناءُ منقطعٌ؛ لأنَّ قول "المصنِّف": ((كالثَّيِّبِ)) تشبيهٌ بالبكرِ التي استأذَنَها غيرُ الأقرب، وهذه لا فَرْقَ بينها وبين الثيِّبِ البالغةِ في السُّكوت.

[١١٥٦٣] (قولُهُ: لأنَّ رضاهما يكونُ بالدِّلالةِ إلخ) أشارَ إلى ما أورَدَهُ "الزَّيلعيُّ"(٤) على "الكنز" وغيرِهِ: ((من أنَّ رضاهما لا يَقتصِرُ على القولِ))، فإنَّه لا فَرْقَ بينهما في اشتراطِ الاستئذان والرِّضا، وفي أنَّ رضاهما قد يكونُ صريحاً وقد يكونُ دلالةً، غيرَ أنَّ سكوت البِكْر رِضاءٌ دلالةً لحيائها دون الثَّيِّب؛ لأنَّ حياءَها قد قَلَّ بالممارسةِ، فتخلَّصَ "المصنِّفُ"

(قولُهُ: لأنَّ قولَ "المُصنِّف": ((كالثَّيِّب)) تشبيهٌ بالبِكْر إلخ) لعلَّ الباءَ بمعنى اللاَّم، ويظهرُ أنَّ الاستثناءَ مُتَّصلٌ؛ إذ هو استثناءٌ ممَّا قبله أعني قولَه: ((لا فَرْق بينهُما)) أي: لا فرْقَ بينهُما في شَيْءٍ إلاَّ في السُّكوت.

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الأولياء ١/٣٥٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٦٥.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٦٨.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء ٢/١١٩.

....

عن ذلك بزيادةِ قولِهِ: ((أو ما هو في معناه إلخ))، لكنْ أجاب في "الفتح"[١]: ((بأنَّ الحقَّ أنَّ الكلَّ من قبيل القولِ إلاَّ التَّمكينَ، فيَثبُتُ دلالةً؛ لأنَّه فوقَ القول))، أي: لأنَّه إذا ثَبَتَ الرِّضا بالقولِ يَثبُتُ [٣/ق٤٩/ب] بالتَّمكين من الوطءِ بالأَولى؛ لأنَّه أَدَلُّ على الرِّضا، واعترضَهُ في "البحر"[٢]: ((بأنَّ قبول التَّهنئةِ ليس بقولٍ بل سكوتٍ))، زاد في "النَّهر"[٣]: ((ولهذا عَدُّوهُ في مسائل السُّكوت)).

قلت: وفيه نظرٌ؛ لأنَّ مقتضى كلامِ "الفتح" أنَّ المراد بقبولِ التَّهنئةِ ما يكونُ قولاً باللِّسانِ لا مجرَّدُ السُّكوت؛ لأنَّ مرادَهُ إدخالُ الجميعِ تحت القول، ولذا لم يَستَثْنِ إلاَّ التَّمكينَ، ولا يُنافيه قولُهُ: ((من قبيلِ القول))؛ لأنَّ مراده أنَّه من قبيل القول الصَّريح بالرِّضا مثل قولها: رضيتُ ونحوِهِ، بدليلِ أنَّه قال قبله: ((إنَّه يكونُ إمَّا بالقول كـ: نَعَمْ، ورضيتُ، وبارَكَ الله لنا، وأحسنتَ، أو بالدِّلالة كطلبِ المهر أو النَّفقةِ إلخ))، ثمَّ قال: ((والحقُّ أنَّ الكلَّ من قبيلِ القول))، أي: من قبيلِ القول الذي ذكَرَهُ، وأمَّا قولُهُ في "النَّهر": ((ولهذا إلخ)) ففيه أنَّ المذكور في مسائلِ السُّكوت قولُهم: إذا سكَتَ الأبُ و لم يَنْفِ الولدَ مدَّةَ التَّهنئةِ لَزِمَهُ، ومعناه: سكَتَ عن نفيِ الولد لا عن جوابِ التَّهنئةِ، وأمَّا الجوابُ عن اعتراضِ "البحر"[٤]: ((بأنَّ قول "الفتح": إنَّه من قبيل القول أي: لا من القولِ حقيقةً، بل هو مُنزَّلٌ مَنزِلتَهُ، فلا يَرِدُ السُّكوتُ عند التَّهنئةِ)) ففيه أنَّه لو كان مرادُهُ ذلك لم يَحتَجْ إلى استثناء التَّمكين، و لم يكن فيه دَفْعٌ لِما أورَدَهُ "الزَّيلعيُّ"؛ لأنَّ "الزَّيلعيَّ"[٥] يقولُ: ((إنَّ الدِّلالة بمنزلة القول في الإلزام))، فافهم.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٦٨/٣ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٠/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٩/٢.

ودخولِهِ بها برضاها، "ظهيريَّة" (وقبولِ التَّهنئةِ) والضَّحْكِ سروراً...............

نعم الذي يَظهَرُ ما قالَهُ "الزَّيلعيُّ"؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ طَلَبَ المهرِ ونحوَهُ لا يَلزَمُ أنْ يكون بالقول، ولذا عبَّرَ "الشَّارح" بقوله: ((مِن فِعْلٍ يدلُّ على الرِّضا))، ومقتضاه أنَّ قبض المهر ونحوَهُ رِضاءٌ كما مَرَّ[1] من جعلِهِ رِضاءً دلالةً في حقِّ الوليِّ، وبه صرَّحَ في "الخانيَّة"[2] بقوله: ((الوليُّ إذا زَوَّجَ الثَّيِّبَ، فرَضِيَتْ بقلبِها و لم تُظهِرِ الرِّضا بلسانِها كان لها أنْ تَرُدَّ؛ لأنَّ المعتبَرَ فيها الرِّضا باللِّسانِ أو الفعلُ الذي يدلُّ على الرِّضا نحو التَّمكين من الوطءِ وطلبِ المهر وقبولِ المهر دون قبول الهديَّة، وكذا في حقِّ الغلام)) اهـ.

[١١٥٦٤] (قولُهُ: ودخولِهِ بها إلخ) هذا مُكرَّرٌ، والظَّاهرُ أنَّه تحريفٌ، والأصلُ: وخلوتِهِ بها، فإنَّ الذي في "البحر"[3] عن "الظَّهيريَّة"[4]: ((ولو خلا بها برضاها هل يكونُ إجازةً؟ لا روايةَ لهذه المسألةِ، وعندي أنَّ هذا إجازةٌ)) اهـ، وفي "البزَّازيَّة"[5]: ((الظَّاهرُ أنَّه إجازةٌ)).

[١١٥٦٥] (قولُهُ: والضِّحْكِ سُرُوراً) احترازٌ عن الضِّحْك استهزاءً، قال في "البحر"[6]: ((وأمَّا الضِّحْكُ فذكَرَ في "فتح القدير"[7] أوَّلاً: أنَّه كالسُّكوتِ لا يكفي، وسَلَّمَ [٣/ق٥٠/أ] هنا أنَّه يكفي، وجعَلَهُ من قبيلِ القولِ؛ لأنَّه حروفٌ)) اهـ.
٢/٣٠١

قلت: وما هنا هو الموافقُ لِما صرَّحَ به "الزَّيلعيُّ"[8] وغيرُهُ.

---

(١) "در" صـ١٩٥ـ.
(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ٣٤٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.
(٤) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيب ق٧٦/ب.
(٥) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل التاسع في نكاح البكر ١٢٧/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.
(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٦٤/٣، ١٦٨.
(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٢.

ونحوِ ذلك، بخلافِ خدمتِهِ أو قبولِ هديَّتِهِ.

(مَن زالَتْ بكارتُها بوَثْبةٍ) أي: نَطَّةٍ (أو) دُرُورِ (حيضٍ أو) حصولِ (جراحةٍ أو تعنيسٍ) أي: كِبَرٍ (بِكْرٌ حقيقةً)..

[١١٥٦٦] (قولُهُ: ونحوِ ذلك) كقبولِ المهر كما مرَّ[1] عن "الخانيَّة"، والظَّاهرُ أنَّ مثله قبولُ النَّفقة.

[١١٥٦٧] (قولُهُ: بخلافِ خدمتِهِ) أي: إنْ كانت تَخدِمُه من قبلُ، ففي "البحر"[2] عن "المحيط" و"الظَّهيريَّة"[3]: ((ولو أَكَلَتْ من طعامِهِ أو خَدَمَتْهُ كما كانت فليس برِضا دلالةً)).

[١١٥٦٨] (قولُهُ: أي: نَطَّةٍ) هي من فوقٍ إلى أسفلَ، والطَّفْرةُ عكسُها.

[١١٥٦٩] (قولُهُ: أي: كِبَرٍ) أي: بلا تزويجٍ، في "النَّهر"[4] عن "الصَّحاح"[5]: ((يقال: عَنَسَتِ الجاريةُ تَعنُسُ بضمِّ النون عُنُوساً وعِناساً فهي عانِسٌ: إذا طال مَكْثُها بعد إدراكِها في منزلِ أهلها حتَّى خرَجَتْ عن عِدادِ الأبكار)).

[١١٥٧٠] (قولُهُ: بِكْرٌ حقيقةً) خبرُ ((مَن))، وفي "الظَّهيريَّة"[6]: ((البِكْرُ: اسمٌ لامرأةٍ

(قولُهُ: عن "الصِّحاح": ((يقالُ: عَنَسَت الجاريةُ تَعْنُسُ إلخ))) وفي "القاموس": عَنَسَت الجاريةُ كسَمِعَ ونَصَرَ وضَرَبَ عُنُوسا وعِناساً: طال مُكْثُها في أهلها بعد إدْراكِها حتى خرَجَتْ من عِداد الأبْكارِ ولم تتزوَّج قطُّ، كأعنَسَتْ وعَنَّسَتْ وعُنِّسَتْ. وعَنَّسَها أهلُها تَعْنيساً، وهي عانسٌ)) اهـ.

---

(١) المقولة [١١٥٦٣] قوله: ((لأن رضاهما يكون بالدلالة إلخ)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٤/٣.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيب ق٧٦/ب.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٠/ب.

(٥) "الصحاح": مادة ((عنس)) بتصرف.

(٦) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيب ق٧٦/ب.

كتفريقٍ بِجَبٍّ أو عِنَّةٍ أو طلاقٍ أو موتٍ بعدَ خلوةٍ قبل وطءٍ (أو زنا)...........

لم تُجامَعْ بنكاحٍ ولا غيرِهِ)) اهـ؛ لأنَّ مُصيبَها أوَّلُ مُصيبٍ لها، ومنه الباكورةُ لأوَّلِ الثِّمار، والبُكْرةُ بضمِّ الباء لأوَّلِ النَّهار.

وحاصلُ كلامهم: أنَّ الزَّائلَ في هذه المسائلِ العُذْرَةُ ـ أي: الجلْدةُ التي على المحلِّ ـ لا البكارةُ، فكانت بِكْراً حقيقةً وحكماً، ولذا تدخلُ في الوصيَّةِ لأبكارِ بني فلان، ولا يَردُّ الجاريةُ لو شُرِيَتْ على أنَّها بِكْرٌ فوُجِدَتْ زائلةَ العُذْرةِ بشيءٍ من ذلك له رَدُّها؛ لأنَّ المُتعارَفَ من اشتراطِ البكارة صفةُ العُذْرة، أفاده في "البحر"[(١)].

[١١٥٧١] (قولُهُ: كتَفْريقٍ بِجَبٍّ) أي: كذاتِ تفريقٍ إلخ، "ط"[(٢)]. وهو تنظيرٌ في كونها بِكْراً حقيقةً وحكماً لا تمثيلٌ، فلا يَرِدُ أنَّ هذه ما زالَتْ عُذرتُها، فكيف يُشبِّهُها بمن زالَتْ عُذرتُها؟! "ح"[(٣)].

[١١٥٧٢] (قولُهُ: أو طلاقٍ) عطفٌ على ((تفريقٍ)) لا على ((جَبٍّ))، "ح"[(٤)].

[١١٥٧٣] (قولُهُ: بعدَ خلوةٍ) يصلُحُ ظرفاً للتَّفريقِ والطَّلاقِ والموتِ، لكنْ لَمَّا كان قولُه: ((قبلَ الوطء)) ظرفاً للأخيرين فقط لعدمِ إمكان الوطء في الأوَّلِ، أمَّا في الجَبِّ فظاهرٌ، وأمَّا في العُنَّةِ فلأنَّ الوطء يَمنَعُ التَّفريقَ كان الأنسبُ تعلُّقَهُ بالأخيرين فقط، وفُهِمَ من قولِه: ((بعدَ خلوةٍ)) أنَّه لو وقَعَ الطَّلاقُ أو الموتُ قبل الخلوة كانت بِكْراً حقيقةً وحكماً بالأَولى، وقيَّدَ بقوله: ((قبلَ وطءٍ)) لأنَّها بعد الوطءِ ثيِّبٌ حقيقةً وحكماً. اهـ "ح"[(٥)].

(قولُهُ: فلا يَرِدُ أنَّ هذه ما زالت عُذْرتُها إلخ) الممتنعُ جعْلُ الكاف للتَّمثيل لا للتَّنظير ولا للتَّشبيه كما هو ظاهرٌ، وفي عبارة "الحلبيِّ" قلبٌ، وحقُّها: فكيف يُشبِّه من زالت عُذْرتُها بمَن لم تَزُل عُذْرتُها على ما فيها.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٥.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب.

وهذه فقط (بِكْرٌ حكماً) إنْ لم يتكرَّرْ و لم تُحَدَّ بـه، وإلاَّ فثيِّـبٌ كموطـوءةٍ بشبهةٍ أو نكاحٍ فاسدٍ.

(قال) الزَّوْجُ للبكرِ البالغةِ: (بَلَغَكِ النِّكاحُ فسَكَتِّ[1])،....................

[١١٥٧٤] (قولُهُ: وهذه فقط بكْرٌ حكماً) أرادَ بالحكميِّ ما ليس بحقيقيٍّ بدلالةِ المقابلةِ كما هو المتبادِرُ، ولذا حاوَلَ "الشَّارحُ" في عبارة "المصنِّف"، فقدَّرَ خبراً لـ ((مَن)) ومبتدأً لـ ((بِكْـرٌ))، وإلاَّ فعبارةُ "المصنِّف" في نفسها صحيحةٌ؛ لأنَّ الحقيقيَّ حكميٌّ أيضاً، والحكميُّ أعـمُّ؛ لأنَّـه قـد يكونُ غيرَ حقيقيٍّ، ولكنْ لَمَّا كان [٣/ق٥٠/ب] المتبادِرُ من إطلاق الحكميِّ إرادةَ ما ليس بحقيقـيٍّ أَوَّلَ عبارةَ "المصنِّف"، و لم يَقُل: بكْرٌ حكماً فقط لِما قلنا، فافهم.

[١١٥٧٥] (قولُهُ: إنْ لم يتكرَّرْ و لم تُحَدَّ به) هذا معنى قولهم: إنْ لم يُشتَهَرْ زناها يُكتَفَـى بسكوتِها؛ لأنَّ النَّاس عَرَفُوها بِكْراً، فيُعيِّبُونها بالنُّطقِ، فيُكتَفَى بسكوتها كيـلا تتعطَّـلَ عليهـا مصالِحُها، وقد ندَبَ الشَّارعُ إلى سَترِ الزِّنا، فكانت بِكْراً شرعاً بخلافِ ما إذا اشتُهِرَ زِناها.

[١١٥٧٦] (قولُهُ: وإلاَّ) صادقٌ بثلاثِ صورٍ: ما إذا تكرَّرَ منها الزِّنا و لم تُحَدَّ، أو حُدَّتْ و لم يتكرَّرْ، أو تكرَّرَ وحُدَّتْ، "ح"[2].

[١١٥٧٧] (قولُهُ: كموطوءةٍ بشُبهةٍ) أي: فإنَّها ثيِّبٌ حقيقةً وحكماً، "ح"[3].

[١١٥٧٨] (قولُهُ: أو نكاحٍ فاسدٍ) عطفٌ على ((بشُبهةٍ))، أي: وكموطوءةٍ بنكـاحٍ فاسـدٍ، فافهم. أمَّا إذا لم تُوطَأْ فيه فهي بِكْرٌ حقيقةً وحكماً كما في النِّكاح الصَّحيح، "ط"[4].

(قول "المُصنِّف": بلَغَكِ النِّكاحُ فسكَتِّ[5]، وقالت: رَدَدْتُ إلخ) قال في "البحـر": ((قيَّدنـا الصُّـورةَ بـأنْ تقولَ: بلَغَني النِّكاحُ فردَدْتُ؛ لأنَّها لو قالت: بلَغَني يومَ كذا فردَدْتُ، وقال الزَّوجُ: بل سكتِّ فإنَّ القَوْلَ قولُه)).

---

(١) في "ب":((فسكتت)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب بتصرف.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٢/٢ بتصرف.

(٥) لفظة ((فسكتت)) موافقة لنسخة "ب".

وقالت: بل رَدَدْتُ[١]) النّكاحَ (ولا بيِّنةَ لهما) على ذلك (ولم يكنْ دخَلَ بها طَوْعاً) في الأصحِّ ....

[١١٥٧٩] (قولُهُ: وقالت: رَدَدْتُ) أي: ولم يُوجَدْ منها ما يدلُّ على الرِّضاءِ كما في "الشُّرنبلاليَّة"[٢]، "ط"[٣].

[١١٥٨٠] (قولُهُ: ولا بيِّنةَ لهما) قيَّدَ به لأنَّ أيَّهما أقامَ البيِّنةَ قُبِلَتْ بيِّنتُهُ، "بحر"[٤]. وإنْ أقاماها فيأتي في قوله: ((ولو بَرْهَنا)).

[١١٥٨١] (قولُهُ: ولم يكن دخَلَ بها طَوْعاً) بأنْ لم يَدخُلْ أو دخَلَ كَرْهاً، واحترَزَ به عمَّا إذا دخَلَ بها طَوْعاً، حيث لا تُصدَّقُ في دعوى الرَّدِّ في الأصحِّ؛ لأنَّ التَّمكين من الوطءِ كالإقرار، وعن هذا صحَّحَ في "الولوالجيَّة"[٥]: ((أنَّها لو أقامَتْ بعد الدُّخولِ البيِّنةَ على الرَّدِّ لم تُقبَل))، لكنْ في "حاشية الغزِّيِّ على الأشباه": ((أنَّه وقَعَ اختلافُ التَّصحيح في قبولِ بيِّنتِها بعد الدُّخول على أنَّها كانت رَدَّت النِّكاحَ قبل الإجازة، ففي "البزَّازيَّة"[٦]: أنَّ المذكور في الكتب أنَّها تُقبَلُ، وصحَّحَ في "الواقعات" عدمَهُ لتناقُضِها في الدَّعوى، والصَّحيحُ القبولُ؛ لأنَّه وإنْ بطَلَتِ الدَّعوى فالبيِّنةُ لا تَبطُلُ لقيامِها على تحريمِ الفرج، والبرهانُ عليه مقبولٌ بلا دعوى))، قال "الغزِّيُّ": ((وقد ألَّفَ شيخُنا العلاَّمةُ "عليٌّ المقدسيُّ" فيها رسالةً[٧] اعتَمَدَ فيها تصحيحَ القبول)).

(قولُ "الشَّارح" في الأصحِّ) مقابلُهُ ما قاله "الفَضْليُّ" من أنَّ القوْلَ لها وإن دخل بها طَوْعاً، كما ذكره "السِّنديُّ".

---

(١) عبارة "ب" و "ط":((وقالت: رددت)).

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٣٣٦/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٢/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٥) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في إذن الولي وإجازته النكاح ٤٦/أ بتصرف.

(٦) "البزازية": كتاب الدعوى ـ الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح ٣٧٠/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) لم نهتد إلى معرفتها.

(فالقولُ قولُها) بيمينِها.......................................

[١١٥٨٢] (قولُهُ: فالقولُ قولُها) لأنَّه يدَّعي لُزُومَ العَقْدِ ومِلكَ البُضْعِ، والمرأةُ تَدفَعُهُ، فكانت مُنكِرةً، ولا يُقبَلُ قولُ وليِّها عليها بالرِّضا؛ لأنَّه يُقِرُّ عليها بثُبُوتِ الملك، وإقرارُهُ عليها بالنِّكاح بعد[١] بُلُوغِها غيرُ صحيحٍ، كذا في "الفتح"[٢]. وينبغي أنْ لا تُقبَلَ شهادتُهُ لو شَهِدَ مع آخرَ بالرِّضا لكونِهِ ساعياً في إتمامِ ما صدَرَ منه، فهو مُتَّهمٌ، ولم أَرَهُ منقولاً، "بحر"[٣].

قلت: وفي "الكافي" لـ "الحاكم الشَّهيد": ((وإذا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابنتَهُ فأنكَرَتِ [٣/ق٥١/أ] الرِّضا، فشَهِدَ عليها أبوها وأخوها لم يَجُزْ)) اهـ، فتأمَّل.

ثمَّ اعلم أنَّه ذكَرَ في "البحر"[٤] في باب المهر عند الكلام على النِّكاح الفاسد ما نصُّهُ: ((وإذا ادَّعَتْ فسادَهُ وهو صِحَّتَهُ فالقولُ له، وعلى عكسِهِ فُرِّقَ بينهما، وعليها العِدَّةُ، ولها نصفُ المهر إنْ لم يدخل، والكلُّ إنْ دخَلَ، كذا في "الخانيَّة"[٥]، وينبغي أنْ نستثنيَ منه ما ذكَرَهُ "الحاكمُ الشَّهيد" في "الكافي": من أنَّه لو ادَّعَى أحدُهما أنَّ النكاح كان في صِغَرِهِ فالقولُ قولُهُ، ولا نكاحَ بينهما، ولا مهرَ لها إنْ لم يكن دخَلَ بها قبلَ الإدراك)) اهـ ما في "البحر"[٦]. /٣٠٢

قلت: وقد علَّلَ الأخيرةَ في "البزَّازيَّة"[٧] عن "المحيط"[٨] بقولِهِ: ((لاختلافِهما في وجودِ

(قولُهُ: فتأمَّل) لعلَّه أشار به إلى ما في "حاشية البحر" من أنَّ في هذا مانعاً آخرَ وهو أنَّ شهادةَ الأخ عليها شهادةٌ لأبيه اهـ. قلتُ: إذا كان الأبُ معها تُقْبلُ شهادةُ الأخ لأنَّها شهادةُ الفَرْعِ على أصلِهِ، "سِنديّ".

---

(١) في "الأصل": ((قبل))، وهو خطأ.
(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٧١.
(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٦.
(٤) "البحر": كتاب النكاح ٣/١٨٢.
(٥) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ١/٣٦٩ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٢.
(٧) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين ٤/١٤٧ (هامش "الفتاوى الهندية")، فيها ((العقل)) بدل ((العقد))، وهو تحريف.
(٨) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل العشرون في الخصومات الواقعة بين الزوجين ١/ق ٢٢٢/أ.

على المفتى به، وتُقبَلُ بيِّنتُهُ على سكوتِها؛ لأنّه وجوديٌّ بضمِّ الشَّفتين، ولو بَرْهَنا..

العَقْدِ))، وعلّلها في "الذّخيرة" بقوله: ((لأنَّ النّكاح[1] في حالةِ الصِّغرِ قبلَ إجازة الوليِّ ليس بنكاحٍ معنًى إلخ))، وذكَرَ قبله: ((أنَّ الاختلاف لو في الصِّحَّةِ والفسادِ فالقولُ لمدَّعي الصِّحَّةِ بشهادةِ الظّاهر، ولو في أصلِ وجودِ العَقْدِ فالقولُ لمنكرِ الوجود)).

قلت: وعلى هذا فلا استثناءَ؛ لأنَّ ما في "الخانيَّة"[2] من الأوَّلِ وما في "الكافي" من الثّاني، ولعلَّ وجهَ قوله في "الخانيَّة": ((وعلى عكسِهِ فُرِّقَ بينهما إلخ)) كونُهُ مُؤاخَذاً بإقرارِهِ فيَسْري عليه، ولذا كان لها المهرُ.

ثمَّ إنَّ الظّاهر أنَّ ما نحن فيه من قبيلِ الاختلافِ في أصل وجود العَقْدِ؛ لأنَّ الرَّدَّ صيَّرَ الإيجابَ بلا قبولٍ، وكذا المسألةُ الآتيةُ[3]، هذا ما ظهَرَ لي.

[١١٥٨٣] (قولُهُ: على المُفتَى به)[4] وهو قولُهما، وعنده لا يمينَ عليها كما سيأتي في الدَّعوى في الأشياءِ السِّتَّة، "بحر"[5].

[١١٥٨٤] (قولُهُ: لأنَّه وُجُوديٌّ إلخ) جوابٌ عمَّا يقال: إنَّ بيِّنَتَهُ على سكوتِها بيِّنةٌ على النَّفي، وهي غيرُ مقبولةٍ، فأجابَ: بأنَّ السُّكوتَ وُجُوديٌّ؛ لأنّه عبارةٌ عن ضمِّ الشَّفتين،

(قولُهُ: لأنَّ الرّدَّ صَيَّر الإيجابَ بلا قَبُولٍ إلخ) فيه أنَّ الرّدَّ صيَّر كُلاًّ من الإيجاب والقَبُول لَغْواً غيرَ مُعْتَدٍّ به؛ فقد أبطَلَهُما معاً، والأظهرُ في توجيه المسألة ما قدَّمه عن "البزّازيَّة" و"الذّخيرة" في التّعليل.

---

(١) في "الأصل": ((النكاح الفاسد))، وهو خطأ.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ٣٦٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "در" صـ٢٢٣ـ.

(٤) هذه المقولة ساقطة من "آ".

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

....

ويَلزَمُ منه عدمُ الكلام كما في "المعراج"، زاد في "البحر"[١]: ((أو هو نفيٌ يُحيطُ به علمُ الشَّاهد فيُقبَلُ، كما لو ادَّعَتْ أنَّ زَوْجَها تكلَّمَ بما هو رِدَّةٌ في مجلسٍ، فبرهَنَ على عدمِ التَّكلُّم فيه تُقبَلُ، وكذا إذا قال الشُّهود: كُنَّا عندها ولم نَسمَعْها تتكلَّمُ ثبَتَ سكوتُها كما في "الجوامع"[٢])) اهـ.

ولا يخفى أنَّ الجوابَ الأوَّلَ مبنيٌّ على المنع والثَّانيَ على التَّسليم، وبَحَثَ في الأوَّلِ في "السَّعديَّة"[٣] بما في "شرح العقائد"[٤]: ((من أنَّ السُّكوتَ تَرْكُ الكلام))، وأقرَّهُ عليه في "النَّهر"[٥].

قلت: ويمكنُ الجوابُ بأنَّ هذا تفسيرٌ باللاَّزم، وبَحَثَ في الثَّاني أيضاً: ((بأنَّه مخالفٌ لِما في أيمان "الهداية"[٦] من بابِ اليمين في الحجِّ والصَّلاة: من [٣/ق٥١/ب] أنَّ الشَّهادة على النَّفيِ غيرُ مقبولةٍ مطلقاً، أحاطَ به عِلْمُ الشَّاهد أوْ لا)) اهـ.

وكذا قال في "البحر"[٧] هناك: ((الحاصلُ: أنَّ الشَّهادةَ على النَّفيِ المقصودِ لا تُقبَلُ سواءٌ كان نفياً صورةً أو معنًى، وسواءٌ أحاطَ به عِلْمُ الشَّاهدِ أوْ لا)) اهـ.

قلت: وهذا في غيرِ الشُّروطِ، فلو قال: إنْ لم أدخل الدَّارَ اليومَ فكذا، فشَهِدَا أنَّه دخَلَها تُقبَلُ.

(قولُهُ: ويُمكنُ الجوابُ بأنَّ هذا تفسيرٌ باللاَّزم إلخ) أو هو تفسيرُ المُتكلِّمين، وتفسيرُ الفُقَهاء: ضمُّ الشَّفتَيْن، وقد يُجابُ عن الثَّاني بأنَّ النَّفيَ هنا غيرُ مقصودٍ بل المقصودُ الشَّهادةُ بلُزوم النِّكاح.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٥.

(٢) عبارة "البحر": ((كما في "الجامع"))، هو ـ والله أعلم ـ "جامع" أو "جوامع الفقه" المعروف بـ "الفتاوى العتَّابية"، وقد تقدَّمت ترجمته في ١/٤٧٠.

(٣) "الحواشي السعدية": كتاب الأيمان ـ باب اليمين في الحج والصلاة والصوم ٤/٤٥٣ (هامش "فتح القدير").

(٤) "شرح العقائد النسفية": صفة الكلام صـ١٠٩ـ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٠/أ.

(٦) "الهداية": كتاب الأيمان ٢/٩١ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب الأيمان ـ باب اليمين في البيع والشراء والتزويج والصلاة ٤/٣٨٧.

فبيِّنتُها أَولى، إلاَّ أنْ يُبرهِنَ على رضاها أو إجازتِها (كما لو زَوَّجَها أبوها) مثلاً زاعماً عدمَ بلوغِها (فقالت: أنا بالغةٌ والنِّكاحُ لم يصحَّ وهي مراهقةٌ، وقال الأبُ) أو الزَّوجُ (بل هي صغيرةٌ) فإنَّ القول لها..............................

[١١٥٨٥] (قولُهُ: فبيِّنتُها أَولى) لإثباتِ الزِّيادة، أعني: الرَّدَّ، فإنَّه زائدٌ على السُّكوتِ، "بحر"[١].

[١١٥٨٦] (قولُهُ: إلاَّ أنْ يُبرهِنَ على رضاها أو إجازتِها) أي: فترجَّحُ بيِّنتُهُ لاستوائهما في الإثبات، وزيادةُ بيِّنتِهِ بإثباتِ اللُّزوم، كذا في الشُّروح، وعزاه في "النِّهاية" لـ"التُّمُرتاشيِّ"، وكذا هو في غيرِ كتابٍ من الفقه، لكنْ في "الخلاصة"[٢] عن "أدب القاضي" لـ"الخصَّاف"[٣]: ((أنَّ بيِّنتَها أَولى))، ففي هذه الصُّورةِ اختلافُ المشايخ، ولعلَّ وجهَهُ أنَّ السُّكوتَ لَمَّا كان مما تتحقَّقُ الإجازةُ به لم يَلزَمْ من الشَّهادة بالإجازة كونُها بأمرٍ زائدٍ على السُّكوتِ ما لم يُصرِّحُوا بذلك، كذا في "الفتح"[٤]، وتَبِعَهُ في "البحر"[٥]، واستُفِيدَ منه التَّوفيقُ بين القولين بحَمْلِ الأوَّلِ على ما إذا صرَّحَ الشُّهودُ بأنَّها قالت: أَجَزْتُ أو رَضِيْتُ، وحَمْلِ الثَّاني على ما إذا شَهِدُوا بأنَّها أجازَتْ أو رَضِيَتْ؛ لاحتمالِ إجازتِها بالسُّكوت، فافهم.

[١١٥٨٧] (قولُهُ: كما لو زَوَّجَها إلخ) أي: أنَّ الاختلاف في البلوغ كالاختلافِ في السُّكوت كما في "النَّهر"[٦].

[١١٥٨٨] (قولُهُ: مثلاً) فالمرادُ الوليُّ المُجبرُ.

[١١٥٨٩] (قولُهُ: فإنَّ القولَ لها) لأنَّها إذا كانت مُراهِقةً كان المُخبَرُ به يَحتمِلُ الثُّبوتَ،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع عشر في دعوى النكاح ق٨٤/ب .

(٣) انظر "شرح أدب القاضي": الباب الحادي والثمانون في نكاح الصغيرة ١٤٠/٤ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٢/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٥/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧١/أ.

إنْ ثَبَتَ أنَّ سِنَّها تسعٌ، وكذا لو ادَّعَى المراهقُ بلوغَهُ، ولو بَرْهَنا فبيِّنةُ البلوغِ أولى (على الأصحّ)..

فيُقبَلُ خبرُها؛ لأنَّها مُنكِرةٌ وقوعَ المِلك عليها، "ح"(١) عن "البحر"(٢).

[١١٥٩٠] (قولُهُ: إنْ ثَبَتَ أنَّ سِنَّها تسعٌ) تفسيرٌ للمراهِقةِ كما يدلُّ عليه كلامُ "المنح"(٣)، "ح"(٤).

[١١٥٩١] (قولُهُ: وكذا لو ادَّعَى المراهقُ بلوغَهُ) بأنْ باعَ أبوه مالَهُ فقال الابنُ: أنا بالغٌ ولم يصحَّ البيعُ، وقال المشتري والأبُ: إنَّه صغيرٌ فالقولُ للابن؛ لأنَّه يُنكِرُ زوالَ مِلكِهِ، وقد قيل بخلافِهِ، والأوَّلُ أصحُّ، "بحر"(٥) عنِ "الذَّخيرة".

[١١٥٩٢] (قولُهُ: ولو بَرْهَنا إلخ) ذكرَهُ في "البزَّازيَّة"(٦) عقبَ المسألةِ الأُولى، وكأنَّ "الشَّارح" أخَّرَهُ ليفيدَ أنَّ الحكم كذلك في المسألتين، فافهم. واستشكَلَ بعضُ المحشِّين تصوُّرَ البرهانِ على البلوغ.

قلت: وهو ممكنٌ بالحَبَلِ، أو الإحبالِ، أو سِنِّ البلوغ، أو رؤيةِ الدَّمِ أو المنيِّ كما في الشَّهادة على الزِّنا.

[١١٥٩٣] (قولُهُ: على الأصحِّ) راجعٌ لمسألةِ المراهِقة والمراهِق، فقد نقَلَ التَّصحيحَ فيهما في "البحر"(٧) عن "الذَّخيرة".

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

(٦) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين ١٤٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٣.

بخلافِ قولِ الصَّغيرةِ: ((رَدَدْتُ حين بَلَغتُ)) وكذَّبها الزَّوْجُ فالقولُ له؛ لإنكارِهِ زوالَ مِلْكِهِ، هذا[1] لو اختلَفا[2] بعد زمانِ البلوغ، ولو حالةَ[3] البلوغ فالقولُ لها، "شرح وهبانيَّة"[4]، فليحفظ.

(وللوليِّ) الآتي بيانُهُ..

[١١٥٩٤] (قولُهُ: بخلافِ قولِ الصَّغيرةِ) أي: التي زَوَّجها غيرُ الأبِ والجَدِّ، أمَّا مَن [٣/ق٥٢/أ] زَوَّجاها فلا خيارَ لها، "ط"[5].

[١١٥٩٥] (قولُهُ: رَدَدْتُ حين بَلَغْتُ إلخ) أي: قالت بعدما بَلَغَتْ: رَدَدْتُ النِّكاحَ واخترتُ نفسي حين أدركتُ لم يُقبَلْ قولُها؛ لأنَّ المِلك ثابتٌ عليها، وتُريدُ بذلك إبطالَ الثَّابتِ عليها كما في "الذَّخيرة"، فافهم.

وبهذا عُلِمَ أنَّ قولها ذلك بعد البلوغ، وكأنَّه سَمَّاها صغيرةً باعتبارِ ما كان زمنَ العَقْدِ، أي: المتحقِّقِ صِغَرُها وقتَهُ بخلافِ المراهِقةِ المحتمَلِ بلوغُها وقتَهُ.

[١١٥٩٦] (قولُهُ: ولو حالةَ البلوغِ) بأنْ قالت عند القاضي أو الشُّهودِ: أَدْرَكتُ الآنَ وفسختُ، فإنَّه يصحُّ كما يأتي[6] بيانُهُ. ٣٠٣/٢

[١١٥٩٧] (قولُهُ: وللوليِّ الآتي بيانُهُ) أي: في قولِهِ: ((الوليُّ في النِّكاحِ العَصَبَةُ بنفسِهِ إلخ))، واحترَزَ به عن الوليِّ الذي له حقُّ[7] الاعتراضِ، فإنَّه يَخُصُّ العَصَبَةَ كما مَرَّ[8]، وعن الوصيِّ

---

(١) ((هذا)) ليست في "ب" و "و".

(٢) في "ب": ((اختلف)).

(٣) عبارة "و": ((ولو هذا حالة)).

(٤) لم نعثر عليها في مظانها من مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا ولعلها في شرحٍ آخر لـ"الوهبانية".

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٣.

(٦) المقولة [١١٦٦٦] قوله: ((وتشهد إلخ)).

(٧) ((حق)) ليست في "الأصل".

(٨) المقولة [١١٥١١] قوله: ((وإن لم يكن لها ولي إلخ)).

(إنكاحُ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ) جَبْراً (ولو ثيِّباً) كمعتوهٍ ومجنونٍ شهراً...............

غيرِ القريب كما مَرَّ[1] ويأتي[2] أيضاً.

[١١٥٩٨] (قولُهُ: إنكاحُ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ) قيَّدَ بالإنكاحِ لأنَّ إقرارَهُ به عليهما لا يصحُّ إلاَّ بشهودٍ أو بتصديقِهما بعدَ البلوغ كما سيذكرُهُ[3] "المصنِّف" آخرَ الباب، ولو قال: وللوليِّ إنكاحُ غيرِ المكلَّفِ والرَّقيقِ لَشَمِلَ المعتوهَ ونحوَهُ.

(تتمَّةٌ)

ليس لغيرِ الأبِ والجَدِّ أنْ يُسلِّمَ الصَّغيرةَ قبل قَبْضِ ما تُعُورِفَ قبضُهُ من المهرِ، ولو سَلَّمَها الأبُ له أنْ يَمنعَها، أفادَهُ "ط"[4]. وتمامُهُ في "البحر"[5].

قلت: وليس له تسليمُها للدُّخولِ بها قبلَ إطاقةِ الوطءِ، ولا عبرةَ للسِّنِّ[6] كما سيذكرُهُ[7] "الشَّارح" في آخرِ باب المهر.

[١١٥٩٩] (قولُهُ: ولو ثيِّباً) صرَّحَ به لخلاف "الشَّافعيِّ"، فإنَّ علَّة الإجبارِ عنده البكارةُ، وعندنا العجزُ بعدمِ العقل أو نقصانِهِ، وتوضيحُهُ في كتب الأصول.

[١١٦٠٠] (قولُهُ: كمعتوهٍ ومجنونٍ) أي: ولو كبيرين، والمرادُ: كشخصٍ معتوهٍ إلخ، فيَشمَلُ الذَّكَرَ والأنثى، قال في "النَّهر"[8]: ((فللوليِّ إنكاحُهما إذا كان الجُنُونُ مُطبِقاً، وهو شهرٌ على ما عليه الفتوى، وفي "منية المفتي": بلَغَ مجنوناً أو معتوهاً تبقَى وَلايةُ الأبِ كما كانت، فلو جُنَّ

(١) المقولة [١١٤٧٤] قوله: ((ووصي)).

(٢) "در" صـ٢٦٩ـ٢٧٠ـ.

(٣) "در" صـ٢٨٢ـ٢٨٣ـ.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٣ بتصرف.

(٥) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٨.

(٦) ((للسن)) ساقطة من "آ".

(٧) "در" صـ٥٣٦ـ وما بعدها.

(٨) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧١/أ.

(ولَزِمَ النِّكاحُ ولو بغُبنٍ فـاحشٍ) بنَقْصِ مهرِهـا وزيـادةِ مهـرِهِ (أو) زَوَّجَهـا (بغـيرِ كفءٍ إنْ كان الوليُّ)..

أو عُتِهَ بعد البُلوغِ تَعُودُ في الأصحِّ، وفي "الخانيَّة"[1]: زَوَّجَ ابنَهُ البالغَ بلا إذنِهِ فجُـنَّ قـالوا: ينبغي للأبِ أنْ يقول: أَجَزْتُ النِّكاحَ على ابني؛ لأنَّه يَملِكُ إنشاءَهُ بعدَ الجنون)).

[١١٦٠١] (قولُهُ: ولَزِمَ النِّكاحُ) أي: بلا توقُّفٍ على إجازةِ أحدٍ، وبـلا ثُبُـوتِ خيـارٍ في تزويجِ الأبِ والجَدِّ والمولى، وكذا الابنُ على ما يأتي[2].

[١١٦٠٢] (قولُهُ: ولو بغُبْنٍ فاحشٍ) هو ما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه، أي: لا يَتَحمَّلـون الغُبْـنَ فيه احترازاً عن الغُـبن اليسـير، وهـو مـا يَتغـابَنُون فيـه، أي: يَتَحمَّلونـه، قـال [٣/ق٥٢/ب] في "الجوهرة"[3]: ((والذي يَتَغابَنُ فيـه النَّـاسُ مـا دون نصـفِ المهـر، كـذا قالَـهُ شـيخُنا "موفَّـقُ الدِّين"، وقيل: ما دون العُشر)) اهـ. فعلى الأوَّلِ الغُبنُ الفاحشُ هو النِّصف فما فوقَهُ، وعلـى الثَّاني العُشرُ فما فوقَهُ، تأمَّل.

[١١٦٠٣] (قولُهُ: بنَقْصٍ) الباءُ لتصويرِ الغُبن، أي: أنَّ الغُبن يُتصـوَّرُ في جـانبِ الصَّغـيرةِ بالنَّقص عن مهرِ المثل وفي جانبِ الصَّغير بالزِّيادة.

[١١٦٠٤] (قولُهُ: أو زَوَّجَها بغيرِ كفءٍ) بأنْ زَوَّجَ ابنَهُ أَمَةً أو بنْتَهُ عبداً، وهذا عنـد "الإمـام"، وقالا: لا يجوزُ أنْ يُزوِّجَها غيرَ كفءٍ، ولا يجوزُ الحَطُّ ولا الزِّيادةُ إلاَّ بما يَتَغابَنُ النَّاس، "ح"[4]

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ١/ ٣٤٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [١١٦٠٨] قوله: ((وابن المجنونة)).

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٢/ ٧٩ بتصرف.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٨/ب.

المزوِّجُ بنفسِهِ بغُبنٍ (أباً أو جدّاً)..............................

عن "المنح"[(١)(٢)]. ولا ينبغي ذِكْرُ المثالِ الأوَّلِ؛ لأنَّ الكفاءة غيرُ مُعتبَرةٍ في جانبِ المرأة للرَّجُل، أفادَهُ في "الشُّرنبلاليَّة"[(٣)]، ونحوُهُ في "ط"[(٤)].

قلت: وعن هذا قال "الشَّارح": ((أو زَوَّجَها)) مضافاً إلى ضميرِ المؤنَّثة مع تعميمِهِ في الغُبن الفاحش بقوله: ((بنقصِ مَهْرِها وزيادةِ مهرِهِ))، فللَّهِ دَرُّهُ ما أمهَرَهُ[(٥)]! فافهم. لكنْ في هذا كلامٌ نذكرُهُ[(٦)] قريباً.

[١١٦٠٥] (قولُهُ: المُزوِّجُ بنفسِهِ) احترَزَ به عمَّا إذا وكَّلَ وكيلاً بتزويجِها، وسيأتي بيانُهُ قريباً، "ح"[(٧)].

[١١٦٠٦] (قولُهُ: بغُبْنٍ) كان عليه أنْ يقول: أو بغيرِ كفءٍ، ولو قال: المُزوِّجُ بنفسِهِ على الوجهِ المذكور ـ كما قال في "المنح"[(٨)] ـ لَسَلِمَ من هذا، "ح"[(٩)].

---

(١) في "د" زيادة: ((وهذا موافقٌ لما سيأتي في باب الكفاءة عن "الظهيرية" وغيرها من اعتبارها في جانبها، مخالفٌ لما يأتي عن "الخبَّازية"، ومشى عليه المصنِّف هناك من عدم اعتبارها عند الكلِّ، قال في "الحواشي السعدية": ولعلهما يعتبران الكفاءة بالحرِّية من جانبها دون غيرها؛ لأنَّ رقبة الزوجة تستتبع رقبة أولادها، انتهى.

قال في "النهر": وهذا يرشد إليه تصويرُهُم المسألة بما إذا زوَّجهُ أمةً إلاَّ أنَّ الظاهرَ اعتبارُها في جانبها عندهما مطلقاً)). ق١٥٦/ب.

(٢) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٣) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/٣٣٦ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٤.

(٥) ((ما أمهره)) ساقط من "الأصل".

(٦) المقولة [١١٦١٥] قوله: ((ولو عيّن لوكيله القدر)).

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/أ.

(٨) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١١٩/ب.

(٩) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/ب.

وكذا المولى وابنُ المجنونةِ (لم يُعرَفْ منهما سوءُ الاختيارِ) مَجَانةً وفسقاً (وإنْ عُرِفَ لا) يصحُّ النِّكاحُ اتِّفاقاً، وكذا لو كان سكرانَ..........

[١١٦٠٧] (قولُهُ: وكذا المَوْلى) أي: إذا زَوَّجَ الصَّغيرَ أو الصَّغيرة المرقوقين، ثمَّ أعتَقَهما ثمَّ بَلَغا فإنَّ نكاحهما لازمٌ ولو من غيرِ كفءٍ أو بغيرِ مهرِ المثل، ولا يَثبُتُ لهما خيارُ البلوغ لكمالِ وَلايةِ المَوْلى، فهو أقوى من الأبِ والجدِّ، ولأنَّ خيار العتق يُغني عنه، "ط"[١]. وهذا هو الصَّوابُ في التَّصوير، وأمَّا تصويرُ المسألة بما إذا كان الإعتاقُ قبل التَّزويجِ فغيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه في هذه الصُّورةِ يَثبُتُ لهما خيارُ البلوغ كما سنذكرُهُ[٢]، والكلامُ في اللُّزومِ بلا خيارٍ كما في الأبِ والجَدِّ، فافهم.

[١١٦٠٨] (قولُهُ: وابنُ المجنونةِ) ومثلُها المجنونُ، قال في "البحر"[٣]: ((المجنونُ والمجنونة إذا زَوَّجَهما الابنُ ثمَّ أفاقا لا خيارَ لهما)).

[١١٦٠٩] (قولُهُ: لم يُعرَفْ منهما إلخ) أي: من الأبِ والجَدِّ، وينبغي أنْ يكون الابنُ كذلك بخلاف المَوْلى، فإنَّه يتصرَّفُ في مِلكِهِ، فينبغي نُفوذُ تصرُّفِهِ مطلقاً كتصرُّفِهِ في سائرِ أموالِهِ، "رحمتي"، فافهم.

[١١٦١٠] (قولُهُ: مَجَانةً وفِسْقاً) نصبٌ على التَّمييز، وفي "المغرب"[٤]: ((الماجنُ: الذي لا يُبالي ما يَصنَعُ وما قيل له، ومَصدَرُهُ المُجُون، والمَجانةُ اسمٌ منه، [٣/ق٥٣/أ] والفعلُ من بابِ طلَبَ)) اهـ.

وفي "شرح المجمع": ((حتَّى لو عُرِفَ من الأبِ سوءُ الاختيار لسَفَهِهِ أو لطَمَعِهِ لا يجوزُ عَقْدُهُ إجماعاً)) اهـ.

[١١٦١١] (قولُهُ: وإنْ عُرِفَ لا يصحُّ النِّكاحُ) استشكَلَ ذلك في "فتح القدير"[٥] بما

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/ ٣٤.

(٢) المقولة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتق)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/ ١٢٩.

(٤) "المغرب": مادة ((مجن)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/ ١٩٥.

....

في "النّوازل": ((لو زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغيرةَ ممن يُنكِرُ أنّه يَشرَبُ المُسكِرَ فإذا هو مُدمِنٌ له، وقالت: لا أرضى بالنّكاح، أي: بعدَما كَبِرَتْ إنْ لم يكن يَعرِفُهُ الأبُ بشُرْبِهِ، وكان غَلَبةُ أهلِ بيته صالِحِيْنَ فالنّكاحُ باطلٌ؛ لأنّه إنّما زَوَّجَ على ظنٍّ أنّه كفءٌ)) اهـ.

قال[1]: ((إذ يقتضي أنّه لو عَرَفَهُ الأبُ بشُرْبِهِ فالنّكاحُ نافذٌ، مع أنَّ من زَوَّجَ بِنْتَهُ الصَّغيرةَ القابلةَ للتَّخلُّقِ بالخير والشَّرِّ ممن يَعلَمُ أنّه شِرِّيبٌ فاسقٌ فسوءُ اختيارِهِ ظاهرٌ))، ثمَّ أجابَ: ((بأنّه لا يَلزَمُ من تحقُّقِ سوءِ اختيارِهِ بذلك أنْ يكون معروفاً به، فلا يَلزَمُ بطلانُ النّكاحِ عند تحقُّقِ سوءِ الاختيار، مع أنّه لم يَتحقَّقْ للنّاس كونُهُ معروفاً بمثلِ ذلك)) اهـ.

والحاصلُ: أنَّ المانع هو كونُ الأبِ مشهوراً بسُوءِ الاختيار قبل العَقْدِ، فإذا لم يكن مشهوراً بذلك، ثمَّ زَوَّجَ بنتَهُ من فاسقٍ صَحَّ وإنْ تحقَّقَ بذلك أنّه سيِّئُ الاختيار واشتُهِرَ به عند النّاس، فلو زَوَّجَ بنتاً أخرى من فاسقٍ لم يصحَّ الثّاني؛ لأنّه كان مشهوراً بسُوءِ الاختيارِ قبله بخلافِ العَقْدِ الأوَّلِ؛ لعدم وجود المانع قبله، ولو كان المانعُ مجرَّدَ تحقُّقِ سوءِ الاختيارِ بدُونِ الاشتهارِ لَزِمَ إحالةُ المسألة، أعني قولَهم: ولَزِمَ النّكاحُ ولو بغُبنٍ فاحشٍ أو بغيرِ كفءٍ إنْ كان الوليُّ أباً أو جَدّاً. ٣٠٤/٢

ثمَّ اعلم أنَّ ما مَرَّ[2] عن "النّوازل": ((من أنَّ النّكاح باطلٌ)) معناه: أنّه سيَبطُلُ كما في "الذّخيرة"؛ لأنَّ المسألة مفروضةٌ فيما إذا لم تَرْضَ البنتُ بعدما كَبِرَتْ كما صرَّحَ به في "الخانيَّة"[3] و"الذّخيرة" وغيرهما، وعليه يُحمَلُ ما في "القنية"[4]: ((زَوَّجَ بنتَهُ الصَّغيرةَ مِن رَجُلٍ ظَنَّهُ حُرَّ الأصلِ وكان مُعتَقاً فهو باطلٌ بالاتّفاق)) اهـ.

---

(١) أي صاحب "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٥/٣.

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣٥٣/١ ـ ٣٥٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في نكاح الصِّغار والصَّغائر ق٣٣/ب.

فزَوَّجَها من فاسقٍ أو شرِّيرٍ أو فقيرٍ أو ذي حرفةٍ دنيئةٍ؛ لظُهُورِ سوءِ اختيارِهِ، فلا تُعارِضُهُ شفقتُهُ المظنونةُ، "بحر"..............................

وعُلِمَ من عبارة "القنية" أنَّه لا فَرْقَ في عدمِ الكفاءة بين كونِهِ بسببِ الفسق أو غيرِهِ، حتَّى لو زَوَّجَها من فقيرٍ أو ذي حِرْفةٍ دنيَّةٍ ولم يكن كفئاً لها لم يَصِحَّ، فقَصْرُ "ابنِ الهمام"[١] كلامَهم على الفاسق مما لا ينبغي كما أفادَهُ في "البحر"[٢]، وما ذكرنا من ثبوتِ الخيار للبنت إذا بَلَغَتْ إنما هو في الصَّغيرة، أمَّا لو زَوَّجَ الأولياءُ الكبيرةَ بإذنِها ولم يَعلَمُوا عدمَ الكفاءة، ثمَّ ظهَرَ عدمُها فلا خيارَ لأحدٍ كما سيذكرُهُ[٣] "الشَّارح" أوَّلَ الباب [٣/ق٥٣/ب] الآتي، ويأتي[٤] تمامُ الكلام عليه هناك.

[١١٦١٢] (قولُهُ: فزَوَّجَها من فاسقٍ إلخ) وكذا لو زَوَّجَها بغُبنٍ فاحشٍ في المهر لا يجوزُ إجماعاً، والصَّاحي يجوزُ؛ لأنَّ الظَّاهر من حالِ السَّكرانِ أنَّه لا يَتأمَّلُ؛ إذ ليس له رأيٌ كاملٌ، فبقي النُّقصانُ ضرراً محضاً، والظَّاهرُ من حال الصَّاحي أنَّه يتأمَّلُ، "بحر"[٥] عن "الذَّخيرة". ثمَّ قال: ((وكذا السَّكرانُ لو زَوَّجَ من غيرِ الكفءِ كما في "الخانيَّة"[٦]، وبه عُلِمَ أنَّ المراد بالأبِ مَن ليس بسكرانَ ولا عُرِفَ بسُوءِ الاختيار)) اهـ.

قلت: ومقتضى التَّعليل أنَّ السَّكرانَ أو المعروفَ بسُوءِ الاختيار لو زَوَّجَها من كفءٍ بمهرِ المثل صَحَّ لعدمِ الضَّررِ المحضِ، ومعنى قولِهِ: ((والظَّاهرُ من حالِ الصَّاحي أنَّه يَتأمَّلُ)) أي: أنَّه لوُفُورِ شَفَقَتِهِ بالأُبوَّةِ لا يُزوِّجُ بنتَهُ من غيرِ كفءٍ أو بغبنٍ فاحشٍ إلاَّ لمصلحةٍ تَزِيدُ على هذا الضَّررِ كعلمِهِ بحُسْنِ العِشْرةِ معها وقِلَّةِ الأذى ونحوِ ذلك، وهذا مفقودٌ في السَّكرانِ وسيِّئِ الاختيار إذا خالَفَ لظُهُورِ عدم رأيِهِ وسُوءِ اختيارِهِ في ذلك.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٩٤.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في الأكفاء ٣/١٤٥، وفيه: ((الفاسد)) بدل ((الفاسق))، وهو خطأ.

(٣) "در" صـ٢٩٠ـ.

(٤) المقولة [١١٧٥٣] قوله: ((لا خيار لأحد)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في الأكفاء ٣/١٤٦.

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١/٣٥٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(وإنْ كان المــزوِّجُ غيرَهمـا) أي: غـيرَ الأبِ وأبيـه ولـو الأمَّ أو القـاضيَ أو وكيـلَ الأبِ، لكنْ في "النهر"[١] بحثاً: ((لو عيَّنَ لوكيلِهِ القَدْرَ صَحَّ)).................

[١١٦١٣] (قولُهُ: أي: غيرَ الأبِ وأبيه) الأَولى أنْ يزيد: والابنِ والمَوْلى لِما مَرَّ[٢].

[١١٦١٤] (قولُهُ: ولو الأمَّ أو القاضيَ) هو الأصحُّ؛ لأنَّ وَلايتَهما متأخِّرةٌ عن وَلايةِ الأخِ والعمِّ، فإذا ثبَتَ الخيارُ في الحاجب ففـي المحجـوب أولى، "بحـر"[٣]. ولقُصُـورِ الـرَّأيِ في الأمِّ ونقصانِ الشَّفقة في القاضي، "ذخـيرة". لكـنْ سـنذكرُ في مسـألةِ عَضْـلِ الأقـربِ أنَّ تزويـجَ القاضي نيابةٌ عنه، فليس لها الخيارُ، ويأتي[٤] تمامُهُ هناك.

[١١٦١٥] (قولُهُ: لو عيَّنَ لوكيلِهِ القَدْرَ) أي: الذي هو غـبنٌ فـاحشٌ، "نهـر"[٥]. وكـذا لو عيَّنَ له رجلاً غيرَ كفء كما بَحَثَهُ العلاَّمةُ "المقدسيُّ".

(قولُهُ: لكن سنذكُرُ في مسألة عَضْل الأَقْرَب أنَّ تزويجَ القاضي نيابـةٌ عنـه، فليـس لهـا الخيـارُ إلخ) الَّذي يظهرُ أنَّ عدمَ ثُبوت الخِيار مبنيٌّ على رواية أنَّ القاضيَ كالأب، وإلاَّ فالوكيلُ مِـن قِبَـلِ الأب ليـس كالأب. والقاضي في مسألة العَضْل إنَّما يُزوِّجُ بطريق النِّيابة عنه فكأنَّه وَكَّله، وذكر "السِّنْدِيُّ" ما نصَّهُ: ((وعن الإمام: لا يَثبتُ لها الخِيارُ لأنَّ وِلايةَ القاضي تامَّـةٌ؛ لأنهـا تعُـمُّ المـالَ والنَّفـسَ، وشـفقةُ الأُمِّ فَـوْق شفقة الأب فكانا كالأب، والأوَّلُ هو الصَّحيحُ "زيلعي"، وعليـه الفَتْـوى، "هنديـة")) اهـ. وسـيأتي في كلام "المُحشِّي" حملُ عدَمِ الخِيارِ لها على ما إذا كان العاضلُ الأبُ ونحوُهُ؛ لثُبُوت الخِيارِ إذا كان المُـزوِّجُ غيرُهما فكذا عند تزويجِ القاضي نيابةً عنه.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧١/ب ـ ق١٧٢/أ.

(٢) "در" صـ٢٢٧ـ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٩.

(٤) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ق١٧٦/أ.

(لا يصحُّ) النِّكاحُ (مِن غيرِ كفءٍ أو بغُبنٍ فاحشٍ.........

(تنبيهٌ)

ذكَرَ في "شرح المجمع": ((أنَّ تزويج الأبِ الصَّغيرَ والصَّغيرةَ من غيرِ كفءٍ أوْ بغبنٍ فاحشٍ جائزٌ عنده لاعندهما))، ثمَّ قال: ((وفي "المحيط"[(١)]: الوكيلُ بالنِّكاح إذا زادَ أو نقَصَ عن مهرِ المثل فعلى هذا الاختلافِ)) اهـ.

وهذا خلافُ ما ذكرَهُ "الشَّارح" تبعاً لِما في "البحر"[(٢)] عن "القنية"[(٣)]، وقد يجابُ بأنَّ الوكيل في عبارة "شرح المجمع" ليس المرادُ به وكيلَ الأبِ، بل وكيلَ الزَّوج أو الزَّوجة البالغَيْنِ بقرينةِ ما في "البدائع"[(٤)]، حيث ذكَرَ الخلاف السَّابقَ ثمَّ قال: ((وعلى هذا الخلافِ التَّوكيلُ بأنْ وكَّلَ رجلٌ رجلاً بأنْ يُزوِّجَهُ امرأةً، فزوَّجَهُ بأكثرَ من مهرِ مثلِها مقدارَ [٣/ق٥٤/أ] ما لا يَتغابَنُ النَّاسُ في مثلِهِ، أو وَكَّلت امرأةٌ رجلاً بأنْ يُزوِّجَها من رجلٍ فزوَّجَها بدون صَداقِ مثلِها أو من غيرِ كفءٍ)) اهـ. وقدَّمناه[(٥)] أيضاً عن "البزَّازيَّة"[(٦)]، وعليه فلا منافاةَ، فتدبَّر.

مطلبٌ مهمٌّ: هل للعَصَبةِ تزويجُ الصَّغير امرأةً غيرَ كفءٍ له؟

[١١٦١٦] (قولُهُ: لا يصحُّ النِّكاحُ من غيرِ كفءٍ) مثلُهُ قول "الكنز"[(٧)]: ((ولو زوَّجَ طفلَهُ غيرَ كفءٍ أو بغبنٍ فاحشٍ صَحَّ، ولم يَجُز ذلك لغيرِ الأبِ والجدِّ))، ومقتضاه أنَّ الأخ لو زوَّجَ أخاه الصَّغيرَ امرأةً أدنى منه لا يصحُّ، وفيه ما مرَّ[(٨)] عن "الشُّرُنبلاليَّة"[(٩)]: ((من أنَّ

---

(١) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن في الوكالة بالنكاح ١/ق ١٩٣/أ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل في الأكفاء ٣/١٤٦.

(٣) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في الأولياء ق٣٤/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه ـ فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢/٢٤٦.

(٥) المقولة [١١٥٥٢] قوله: ((وقيل: يشترط)).

(٦) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر في الوكالة ٤/١٣٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ فصل في بيان أحكام الأكفاء ١/١٤٨.

(٨) المقولة [١١٦٠٤] قوله: ((أو زوجها بغير كفء)).

(٩) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/٣٣٦ (هامش "الدرر والغرر").

أصلاً) وما في "صدر الشَّريعة":.............................

الكفاءة لا تُعتبَرُ للزَّوج)) كما سيأتي[١] في بابها أيضاً، وقدَّمنا[٢] أنَّ "الشَّارح" أشار إلى ذلك أيضاً، وقد راجعتُ كثيراً فلم أرَ شيئاً صريحاً في ذلك، نعم رأيتُ في "البدائع"[٣] مثلَ ما في "الكنز"[٤] حيث قال: ((وأمَّا إنكاحُ الأبِ والجدِّ الصَّغيرَ والصَّغيرةَ فالكفاءةُ فيه ليست بشرطٍ عند "أبي حنيفة"؛ لصُدُورِهِ ممن له كمالُ النَّظرِ لكمال[٥] الشَّفقة، بخلاف إنكاحِ الأخ والعمِّ من غيرِ كفء، فإنَّه لا يجوزُ بالإجماع؛ لأنَّه ضررٌ محضٌ)) اهـ.

فقولُهُ: ((بخلافِ إلخ)) ظاهرٌ في رجوعِهِ إلى كلٍّ من الصَّغيرِ والصَّغيرةِ، وعلى هذا فمعنى عدمِ اعتبار الكفاءة للزَّوج أنَّ الرَّجُلَ لو زَوَّجَ نفسَهُ من امرأةٍ أدنى منه ليس لعصباتِهِ حقُّ الاعتراض بخلاف الزَّوجة وبخلاف الصَّغيرين إذا زَوَّجَهما غيرُ الأبِ والجدِّ، هذا ما ظهَرَ لي، وسنذكرُ[٦] في أوَّل باب الكفاءة ما يُؤيِّدُهُ[٧]، والله أعلم.

[١١٦١٧] (قولُهُ: أصلاً) أي: لا لازماً ولا موقوفاً على الرِّضا بعد البلوغ، قال في "فتح القدير"[٨]: ((وعلى هذا ابتُنِيَ الفرعُ المعروف: لو زَوَّجَ العمُّ الصَّغيرةَ حُرَّةَ الجَدِّ من مُعتَقِ الجدِّ، فكَبِرَتْ وأجازَتْ لا يصحُّ؛ لأنَّه لم يكن عَقْداً موقوفاً؛ إذ لا مُجيزَ له، فإنَّ العمَّ ونحوه لم يصحَّ منهم التَّزويجُ بغيرِ الكفء)) اهـ. ٢/٣٠٥

---

(١) المقولة [١١٧٤٨] قوله: ((من جانبه)).

(٢) المقولة [١١٦٠٤] قوله: ((أو زوجها بغير كفء)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه ـ فصل: وأما الثاني فالنكاح الذي الكفاءةُ فيه شرط لزومه ٣١٨/٢.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ فصل في بيان أحكام الأكفاء ١٤٩/١.

(٥) ((النظر لكمال)) ساقط من "الأصل".

(٦) المقولة [١١٧٤٩] قوله: ((ولذا لا يعتبر)).

(٧) ((وسنذكر في أول باب الكفاءة ما يؤيده)) ساقط من "الأصل".

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٦/٣.

((صَحَّ، ولهما فسخُهُ)) وَهْمٌ (وإنْ كان مِن كفءٍ وبمهرِ المثلِ صَحَّ،............

قال في "البحر"[(١)]: ((ولذا ذكَرَ في "الخانيَّة"[(٢)] وغيرها: أنَّ غيرَ الأبِ والجدِّ إذا زَوَّجَ الصَّغيرةَ فالأحوطُ أنْ يُزوِّجَها مرَّتين: مرَّةً بمهرٍ مُسمًّى ومرَّةً بغيرِ التَّسمية؛ لأنَّه لو كـان في التَّسميةِ نقصـانٌ فاحشٌ و لم يصحَّ النِّكاحُ الأوَّلُ يصحُّ الثَّاني[(٣)])) اهـ. وليـس للتَّزويجِ مـن غـيرِ كـفءٍ حيلـةٌ كمـا لا يخفى اهـ.

[١١٦١٨] (قولُهُ: صَحَّ ولهما فَسْخُهُ) أي: بعدَ بُلُوغِهِما، والجملةُ قُصِـدَ بهـا لفظُهـا مرفوعـةُ المحلِّ على أنَّها بدلٌ من ((ما))، أو محكيَّةٌ بقولٍ محذوفٍ، أي: قائلاً، وقولُهُ: ((وَهْـمٌ)) خـبرٌ عـن ((ما))، وعبارةُ [٣/ق٥٤/ب] "صدر الشَّريعة" في متنِهِ[(٤)]: ((وصَـحَّ إنكـاحُ الأبِ والجَـدِّ الصَّغيرَ والصَّغيرةَ بغبنٍ فاحشٍ ومن غيرِ كفءٍ لا غيرِهما))، وقال في "شرحِهِ"[(٥)]: ((أي: لـو فعَـلَ الأبُ أو الجَدُّ عند عدمِ الأب لا يكونُ للصَّغيرِ والصَّغيرة حـقُّ الفسـخ بعـد البلـوغ، وإنْ فعَـلَ غيرُهمـا فلهما أنْ يفسخا بعد البلوغ)) اهـ.

ولا يخفى أنَّ الوَهْمَ في عبارة الشَّرح، وقـد نبَّـهَ علـى وَهْمِـهِ "ابـنُ الكمـال"، وكـذا المحقِّـقُ "التَّفتازانيُّ" في "التَّلويح"[(٦)] في بحثِ العوارض، وذكر: ((أنَّه لا يوجدُ له روايةٌ أصلاً))، وأجـاب "القهستانيُّ"[(٧)]: ((بأنَّ صحَّتَهُ بالغبنِ الفاحش نقلَها في "الجواهر" عن بعضهم، وبغيرِ كفءٍ نقلَها في "الجامع" عن بعضهم))، قال: ((وهذا يدلُّ على وجودِ الرِّواية)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣ بتصرف. وفيه: ((عن "المحيط" وغيره)) بدل (("الخانية" وغيرها)).

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الأولياء ٣٥٩/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) عبارة "الخانية": ((يصح الثاني بمهر المثل)).

(٤) انظر شرح "الوقاية": كتاب النكاح ـ فصل: لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ١٧٢/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "شرح الوقاية": كتاب النكاح ـ فصل: لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ١٧٢/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٦) "التلويح على التوضيح": العوارض المكتسبة ١٨٥/٢.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ٢٧٩/١.

و) لكنْ (لهما) أي: لصغيرٍ وصغيرةٍ ومُلحَقٍ بهما (خيارُ الفسخِ) ولو بعدَ الدُّخولِ[١] (بالبلوغِ أو العلمِ بالنِّكاحِ[٢] بعدَهُ)..........................

قلت: وفيه نظرٌ، فإنَّ ما كان قولاً لبعضِ المشايخ لا يَلزَمُ أنْ يكون فيه روايةٌ عن أئمَّةِ المذهب، ولا سيَّما إذا كان قولاً ضعيفاً مخالفاً لِما في مشاهيرِ كتبِ المذهب المعتمدة.

[١١٦١٩] (قولُهُ: ولكنْ لهما خيارُ البلوغ) دفَعَ به تَوَهُّمَ اللُّزومِ المتبادِرِ من الصِّحَّة، "ط"[٣]. وأطلَقَ فشَمِلَ الذِّمِّيينِ والمسلمَيْنِ، وما إذا زَوَّجَت الصَّغيرةُ نفسَها فأجازَ الوليُّ؛ لأنَّ الجواز ثبَتَ بإجازة الوليِّ، فالتحقَ بنكاحٍ باشَرَهُ، "بحر"[٤] عن "المحيط".

[١١٦٢٠] (قولُهُ: ومُلحَقٍ بهما) كالمجنونِ والمجنونةِ إذا كان المُزوِّجُ لهما غيرَ الأبِ والجدِّ والابنِ، بأنْ كان أخاً أو عَمّاً مثلاً، قال في "الفتح"[٥] بعد أنْ ذكَرَ العَصَباتِ: ((وكلُّ هؤلاء يثبُتُ لهم وَلايةُ الإجبارِ على البنتِ والذَّكَرِ في حالِ صِغَرِهما أو كِبَرِهما إذا جُنّا، مثلاً: غلامٌ بلَغَ عاقلاً ثمَّ جُنَّ، فزَوَّجَهُ أبوه وهو رجلٌ جاز إذا كان مُطبِقاً، فإذا أفاقَ فلا خيارَ له، وإنْ زَوَّجَهُ أخوه فأفاق فله الخيارُ)) اهـ.

[١١٦٢١] (قولُهُ: بالبُلوغِ) أي: إذا عَلِما قبلَهُ أو عنده، "قهستاني"[٦].

[١١٦٢٢] (قولُهُ: أو العِلْمِ بالنِّكاحِ بعدَهُ) أي: بعدَ البلوغ، بأنْ بَلَغا ولم يَعلَما به ثمَّ عَلِما بعده.

---

(١) ((ولو بعد الدخول)) ساقط من "ب".

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: أو العلم بالنكاح، أي: إذا زوَّج الوليُّ البكرَ البالغةَ ولم تعلم بالنكاح يُجعَلُ جهلُها عُذْراً، ويكون لها خيار الفسخ، وإن سكتت قبله، كما أفاده الحموي، وإن فسخ بخيار البلوغ فلا مهر لها قبل الدخول، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً، "منح")). ق١٥٦/ب.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٤/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٥/٣ بتصرف.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٢٧٩/١ بتصرف.

لقُصُورِ الشَّفقةِ، ويُغني عنه خيارُ العتق[١]، ولو بلَغَتْ وهو صغيرٌ فُرِّقَ..........

[١١٦٢٣] (قولُهُ: لقُصُورِ الشَّفقةِ) أي: ولقُصُورِ الرَّأيِ في الأمِّ، وهذا جوابٌ عن قولِ "أبي يوسف": إنَّه لا خيارَ لهما اعتباراً بما لو زَوَّجَهما الأبُ أو الجَدُّ.

[١١٦٢٤] (قولُهُ: ويُغني عنه خيارُ العتق) اعلم أنَّ خيار العتقِ لا يَثبُتُ للذَّكَر بل للأنثى فقط صغيرةً أو كبيرةً، فإذا زَوَّجَها مولاها ثمَّ أعتقَها فلها الخيارُ؛ لأنَّه كان يَزُولُ مِلكُ الزَّوجِ عليها بطلقتين، فصار لا يَزُولُ إلاَّ بثلاثٍ، [٣/ق٥٥/أ] لكنْ لو صغيرةً لا تُخيَّرُ ما لم تَبلُغ، فإذا بَلَغَتْ خيَّرَها القاضي خيارَ العتق لا خيارَ البلوغ وإنْ ثَبتَ لها أيضاً؛ لأنَّ الأوَّلَ أعمُّ، فيَنتظِمُ الثَّاني تحتَهُ، وقيل: لا يَثبُتُ لها خيارُ البلوغ، وهو الأصحُّ، وهكذا ذكرَهُ "محمَّدٌ" في "الجامع"[٢]؛ لأنَّ وَلاية المولى وَلايةٌ كاملةٌ؛ لأنَّها بسببِ الملك، فلا يَثبُتُ خيارُ البلوغ كما في الأبِ والجدِّ. ولو زَوَّجَ عبدَهُ الصَّغيرَ حُرَّةً ثمَّ أعتقَهُ ثمَّ بلَغَ فليس له خيارُ بلوغٍ ولا خيارُ عتقٍ؛ لأنَّ إنكاح المولى باعتبارِ الملك لا بطريقِ النَّظر له، بخلاف ما إذا زَوَّجَه بعد العتق وهو صغيرٌ؛ لأنَّه بطريقِ النَّظر. هذا خلاصةُ ما في "الذَّخيرة" من الفصل السَّابعَ عشرَ، ونحوُهُ في "جامع الصِّغار"[٣] للإمام "الأسْترُوشنيِّ". وفي "البحر"[٤] عن "الإسبيجابيِّ": ((لو أعتَقَ أَمَتَهُ الصَّغيرةَ أوَّلاً ثمَّ زَوَّجَها ثمَّ بَلَغَتْ فإنَّ لها خيارَ البلوغ)) اهـ، أي: لِما مَرَّ[٥] من أنَّ وَلايتَهُ عليها بطريقِ النَّظر، ولأنَّها وَلايةُ

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ويغني عنه خيار العتق، أي: ويغني عن خيارِ البلوغ خيارُ العتق، قال في "الجواهر": ثم خيار العتق يفارِقُ خيارَ البلوغ من أربعة أوجه: يقع باختيارها من غير قضاء، ولا يبطل بالسكوت، ويقتصر على المجلس، ولا يبطل بالجهل به، كذا في "الوجيز".

ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لا يصح من الأنثى، ولا طلاق إليها، وكذا بخيار العتق لما ذكرناه بخلاف خيار المخيرة؛ لأنَّ الزَّوج هو الذي ملكها، وهو مالك الطلاق، انتهى)). ق١٥٦/ب.

(٢) "الجامع الكبير": كتاب النكاح ـ باب من النكاح أيضاً بين العبد والأمة الخيار لها صـ١٠٤ـ.

(٣) "جامع أحكام الصغار": كتاب النكاح ـ فصلٌ في مسائل الأولياء ٧٨/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٥) في المقولة نفسها.

بحضرةِ أبيه أو وصيِّهِ (بشرطِ القضاءِ)..................................

إعتاق، وهي مُتأخِّرةٌ عن جميعِ العَصَبات، فلها خيارُ البلوغ كما في وَلايـةِ الأخ والعمِّ بـل أولى، بخلافِ ما لو زَوَّجَها قبل الإعتاقِ ثمَّ بَلَغَتْ فإنَّه ليس لها خيارُ بلوغٍ كما مرَّ[١]؛ لأنَّ وَلاية المِلـكِ أقوى من وَلايةِ الأبِ والجدِّ.

والحاصلُ: أنَّ خيار العتق لا يَثبُتُ للذَّكَر الرَّقيقِ صغيراً أو كبيراً، ويَثبُتُ للأنثـى مطلقـاً إذا زَوَّجَها حالةَ الرِّقِّ، وأنَّ خيار البلوغ يَثبُتُ للصَّغير والصَّغيرةِ إذا زَوَّجَهما بعد العتق، وأنَّه لا يَثبُتُ لهما إذا زَوَّجَهما قبله لا استقلالاً ولا تبعاً لخيارِ العتق للصَّغـيرة علـى الصَّحيـح، فقولُـهُ: ((ويُغـني عنه خيارُ العتقِ)) مبنيٌّ على الضَّعيف.

[١١٦٢٥] (قولُهُ: بحضرةِ أبيه أو وصيِّهِ) فإنْ لم يوجد أحدُهما يَنصِبُ القاضي وصيّاً يُخـاصِمُ، فيُحضِرُهُ ويطلبُ منه حُجَّةً للصَّغيرِ تُبطِلُ دعوى الفُرقة مِن بيِّنةٍ على رضاها بالنِّكاح بعد البلـوغ أو تأخيرِها طلبَ الفُرقة، وإلاَّ يُحلِّفُها الخصمُ، فإنْ حَلَفَتْ يُفـرِّقُ بينهمـا الحـاكمُ بحضـرةِ الخصـم بـلا انتظارٍ إلى بُلوغ الصَّبيِّ، "أدب الأوصياء"[٢] عن "جامع الفصولين"[٣].

قلت: والظَّاهرُ أنَّ وصيَّ الأبِ مُقدَّمٌ على الجدِّ كما صرَّحُوا به في بابـه، ثـمَّ رأيتُـهُ هنـا في "جامع الصِّغار"[٤] قال في امرأةِ الصَّبيِّ: ((لو وَجَدَتْـهُ [٣/ق٥٥/ب] مجبوبـاً فالقـاضي يُفـرِّقُ بينهمـا بخصومتِها، ولو وَجَدَتْهُ عنيناً يُنتظَرُ بلوغُهُ))، ثمَّ قال: ((فإنْ لم يكن لـه أبٌ ولا وصـيٌّ فـالجَدُّ أو وصيُّهُ خصمٌ فيه، فإنْ لم يكن نصَبَ القاضي عنه خصماً إلخ))، فافهم.

[١١٦٢٦] (قولُهُ: بشرطِ القضـاءِ) أي: لأنَّ في أصلـه ضعفـاً، فيتوقَّـفُ عليه كـالرُّجوعِ في الهبةِ، وفيه إيماءٌ إلى أنَّ الزَّوج لو كان غائباً لم يُفـرَّقْ بينهمـا مـا لم يَحضُـر لِـلُزُومِ القضـاء على الغائب، "نهر"[٥].

٣٠٦/٢

---

(١) المقولة [١١٦٠٧] قوله: ((وكذا المولى)).

(٢) "أدب الأوصياء": فصل في النكاح ١١٤/٢ بتصرف (هامش "جامع الفصولين")، وهو: لعليِّ بن محمَّد الجماليِّ الرومي، (ت٩٣١هـ). ("كشف الظنون" ٤٥/١، "فهرس المخطوطات الظاهرية" ـ الفقه الحنفي ٢٣٨/١، "معجم المؤلفين" ٤٩٩/٢).

(٣) لم نعثر عليها في نسخة "جامع الفصولين" التي بين أيدينا.

(٤) "جامع أحكام الصغار": كتاب النكاح ـ في مسائل المهر ١٠٨/١ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/ق ١٧١/ب.

للفسخِ (فيتوارثان فيه) ويلزمُ كلُّ المهر. ثـمَّ الفُرقـةُ إنْ مِـن قِبَلِهـا ففسـخٌ لا يَنقُـصُ عددَ طلاقٍ،...

قلت: وبه صرَّحَ "الأَسْتُرُوشنيُّ" في "جامعه"[١].

[١١٦٢٧] (قولُهُ: للفسخِ) أي: هذا الشَّرطُ إنما هو للفسخِ لا لثُبُوتِ الاختيار.

وحاصلُهُ: أنه إذا كان المُزوِّجُ للصَّغيرِ والصَّغيرةِ غيرَ الأبِ والجَدِّ فلهما الخيارُ بالبلوغ أو العِلْمِ به، فإن اختارَ الفسخَ لا يَثبُتُ الفسخُ إلاَّ بشرطِ القضاء، فلذا فرَّعَ عليه بقوله: ((فيتوارثان فيه))، أي[٢]: في هذا النِّكاحِ قبل ثُبُوتِ فسخِهِ.

[١١٦٢٨] (قولُهُ: ويَلزَمُ كلُّ المهرِ) لأنَّ المهر كما يَلزَمُ جميعُهُ بالدُّخولِ ولو حكماً كالخلوةِ الصَّحيحةِ كذلك يَلزَمُ بموتِ أحدهما قبل الدُّخول، أمَّا بدون ذلك فَيسقُطُ ولو الخيارُ منه؛ لأنَّ الفُرقة بالخيارِ فسخٌ للعَقْدِ، والعَقْدُ إذا انفسَخَ يُجعَلُ كأنَّه لم يكن كما في "النَّهر"[٣].

[١١٦٢٩] (قولُهُ: إنْ مِن قِبَلِها) أي: وليست بسببٍ من الزَّوج، كذا في "النَّهر"[٤]. واحترَزَ به عن التَّخييرِ والأمرِ باليد، فإنَّ الفُرقة فيهما وإنْ كانت مِن قِبَلِها لكنْ لَمَّا كانت بسببٍ من الزَّوجِ كانت طلاقاً، "ح"[٥].

[١١٦٣٠] (قولُهُ: لا يَنقُصُ عددَ طلاقٍ) فلو جدَّدَ العَقْدَ بعده ملَكَ الثَّلاثَ كما في "الفتح"[٦].

(قولُهُ: وليست بسببٍ من الزَّوجِ إلخ) لا حاجةَ لهذه الزِّيادة ولا لِمَا احترزَ بها عنه؛ فإنَّ موضوعَ الكلام في فُرْقةٍ ليست بصريحٍ ولا كنايةٍ اهـ "سِنديّ".

---

(١) "جامع أحكام الصغار": فصلٌ في مسائل الأولياء ١/٧٦.

(٢) من ((غير الأب)) إلى ((فيه أي)) ساقط من "الأصل".

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٧٩-١٨٠.

ولا يَلحَقُها طلاقٌ إلاَّ في الرِّدَّةِ،.......................

[١١٦٣١] (قولُهُ: ولا يَلحَقُها طلاقٌ) أي: لا يَلحَقُ المُعتدَّةَ بعِدَّةِ الفسخِ في العِدَّةِ طلاقٌ ولو صريحاً، "ح"[1]. وإنما تَلزَمُها العدَّةُ إذا كان الفسخُ بعد الدُّخولِ، وما ذكرَهُ "الشَّارح" نقلَهُ في "البحر"[2] عن "النِّهاية" على خلافِ ما بَحَثَهُ في "الفتح"[3]. وقيَّدَ بعِدَّةِ الفسخ لِما في "الفتح"[4]: ((من أنَّ كلَّ فُرقةٍ بطلاقٍ يَلحَقُها الطَّلاقُ في العِدَّةِ إلاَّ في اللِّعان؛ لأنَّه يُوجِبُ حرمةً مُؤبَّدةً)) اهـ. وسيأتي[5] بيانُ ذلك مُستوفًى إنْ شاء الله تعالى قبيل باب تفويض الطَّلاق.

[١١٦٣٢] (قولُهُ: إلاَّ في الرِّدَّةِ) يعني: أنَّ الطَّلاقَ الصَّريحَ يَلحَقُ المُرتدَّةَ في عِدَّتِها وإنْ كانت فُرقتُها فسخاً؛ لأنَّ الحرمة بالرِّدَّةِ غيرُ مُتأبِّدةٍ لارتفاعِها بالإسلام، فيقعُ طلاقُهُ عليها في العِدَّةِ مُستتبِعاً فائدتَهُ من حرمتِها عليه بعد الثَّلاث حرمةً مُغيَّاةً بوطءِ زوجٍ آخرَ، كذا في "الفتح"[6]، واعترضَهُ في "النَّهر"[7]: ((بأنَّه يقتضي قَصْرَ عدمِ الوقوع في العِدَّةِ على ما إذا كانت الفُرقةُ بما يُوجِبُ حرمةً

(قولُهُ: وما ذكره "الشَّارحُ" نقلَه في "البحر" إلخ) عبارتُهُ: ((وفي "الفتح": وهل يقعُ الطَّلاقُ في العِدَّة إذا كانت هذه الفُرْقةُ بعد الدُّخول أَوْ لا؟ لكُلٍّ وجْهٌ، والأوجهُ الوُقُوعُ)) اهـ. والظَّاهرُ عدَمُ الوُقُوعِ؛ لِمَا في "النِّهاية" معزيّاً إلى "المحيط": ((الأصلُ أنَّ المعتدّةَ بعدَّة الطَّلاق يلحقُها طلاقٌ آخَرُ في العِدَّة، والمُعْتدَّةُ بعدَّة الفَسْخ لا يلحقُها طلاقٌ آخر في العِدَّة))، وذَكَر في خُصُوص مسألتنا: ((أنَّه لا يقع)) اهـ. وقال في "النَّهر": ((أقولُ: هذا الأصلُ مَنقوضٌ بما إذا أَبَت عن الإسلام وفُرِّق بينهُما ثُمَّ طلَّقَها في العِدَّة وقَعَ مع أنَّه فَسْخٌ، وبوقوع طلاق المُرْتدِّ مع أنَّ الفُرْقةَ بردَّته فَسْخٌ، ولا خلافَ في أنَّها بردَّتها فَسْخٌ ومع هذا يقعُ طلاقُهُ عليها)).

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣ بتصرف.

(٥) المقولة [١٣٥٥٣] قوله: ((وكل فرقة هي طلاق)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٦/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/أ.

....

[٣/ق٥٦/أ] مُؤبَّدةً كالتَّقبيلِ والإرضاع، وفيه مخالفةٌ ظاهرةٌ لظاهرِ كلامهم، عرَفَ ذلك مَن تصفَّحَهُ)) اهـ، أي: لتصريحِهم بعدمِ اللَّحاقِ في عِدَّةِ خيارِ العتقِ، والبلوغِ، وعدمِ الكفاءة، ونقصانِ المهر، والسَّبْيِ، والمُهاجَرةِ، والإباءِ، والارتدادِ، ويمكن الجوابُ عن "الفتح"[1] بأنَّ مرادَهُ بالتَّأبيد ما كان من جهةِ الفسخ، وذكَرَ في أوَّلِ طلاق "البحر"[2]: ((أنَّ الطَّلاق لا يقعُ في عِدَّةِ الفسخ إلاَّ في ارتدادِ أحدِهما وتفريقِ القاضي بإباء أحدِهما عن الإسلام))، لكنَّ "الشَّارحَ" قبيل باب تفويض الطَّلاق[3] قال تبعاً لـ"المنح"[4]: ((لا يَلحَقُ الطَّلاقُ عِدَّةَ الرِّدَّةِ مع اللَّحاق))، فيُقيِّدُ كلام "البحر" هنا بعدم اللَّحاق كما لا يخفى، وقد نظمتُ ذلك بقولي: [رجز]

ويَلحَقُ الطَّلاقُ فُرقةَ الطَّلاقْ أو الإبا أو رِدَّةٍ بلا لَحَاقْ

قال "ح"[5]: ((وسيأتي هناك أيضاً أنَّ الفُرقةَ بالإسلام لا يَلحَقُ الطَّلاقُ عِدَّتَها، فتأمَّل وراجِع)) اهـ.

قلت: ما ذكرَهُ آخراً قال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((إنَّه في طلاقِ أهل الحرب))، أي: فيما

(قولُهُ: ويُمكنُ الجوابُ عن "الفتح" بأنَّ مُرادَه بالتَّأبيد إلخ) هذا الجوابُ غيرُ نافعٍ؛ فإنَّه لا شكَّ في التَّأبيد من جهة الفَسْخ في الفُرَق المَذْكُورة، ومع ذلك يقعُ الطَّلاقُ في عدَّتها، وأيضاً إنَّما عبَّرَ في التَّعليل بأنَّ الحُرْمَةَ بالرِّدّة غيرُ مُتأبِّدةٍ، وهذا هو المُوافقُ لتنظير "النَّهر".

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٧٦.

(٢) "البحر": ٣/٢٥٥ بتصرف.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [١٣٥٥٠] قوله: ((ورِدّة مع لحاق)).

(٤) "المنح": كتاب الطلاق ـ باب في بيان أحكام الكنايات ١/ق ١٤٢/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٥٩/ب.

وإنْ مِن قِبَلِهِ فطلاقٌ إلاَّ بمِلْكٍ أو رِدَّةٍ.................................

لو هاجَرَ أحدُهما مسلماً؛ لأنَّه لا عِدَّةَ عليها، وسيأتي[1] تمامُهُ هناك وفي باب نكاح الكافر[2] إن شاء الله تعالى.

[١١٦٣٣] (قولُهُ: وإنْ مِن قِبَلِهِ فطلاقٌ) فيه نظرٌ، فإنَّه يقتضي أنْ يكون التَّباينُ، والتَّقبيلُ، والسَّبيُ، والإسلامُ، وخيارُ البلوغ، والرِّدَّةُ، والمِلكُ طلاقاً وإنْ كانت مِن قِبَلِهِ، وليس كذلك كما ستراه، واستثناؤُهُ الملكَ والرِّدَّةَ وخيارَ العتق لا يُجدي نفعاً؛ لبقاءِ الأربعةِ الأُخرِ، فالصَّوابُ أنْ يقال: وإنْ كانت الفُرقةُ مِن قِبَلِهِ ولا يمكنُ أنْ تكون من قِبَلِها فطلاقٌ، كما أفادَهُ شيخنا طيَّبَ الله تعالى ثَراهُ، وإليه أشار في "البحر"[3] حيث قال: ((وإنَّما عبَّرَ بالفسخِ ليفيدَ أنَّ هذه الفُرقةَ فسخٌ لا طلاقٌ، فلا تَنقُصُ عددَهُ؛ لأنَّه يصحُّ من الأنثى ولا طلاقَ إليها)) اهـ.

ومثلُهُ في "الفتاوى الهنديَّة"[4]، وعبارتُهُ: ((ثمَّ الفُرقةُ بخيارِ البلوغ ليست بطلاق؛ لأنَّها فُرقةٌ يَشترِكُ في سببها الرَّجلُ والمرأةُ[5]))، وحينئذٍ يقال في الأوَّلِ: ثمَّ إنْ كانت الفُرقةُ مِن قِبَلِها لا بسببٍ منه، أو مِن قِبَلِه ويمكنُ أنْ تكونَ منها ففسخٌ، فاشدُدْ يديك عليه، فإنَّه أجدى من تفاريقِ العصا. اهـ "ح"[6].

(قولُهُ: أجْدَى من تفاريق العَصَا) مثلٌ، قالوا: هو من قول "غنية" الأعرابيَّةِ لابنِها: ((إنَّك أجْدَى من تفاريق العَصَا))، وإنَّما قالت ذلك؛ لأنَّه كان عارِماً كثيرَ الإساءة إلى النَّاس مع ضَعْف بدَنِه ودقَّةِ عَظْمه،

---

(١) المقولة [١٣٥٤٩] قوله: ((كإسلام)).

(٢) المقولة [١٢٥٩٠] قوله: ((طلاق ينقص العدد)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٩/٣.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الرابع في الأولياء ٢٨٦/١ نقلاً عن "السراج الوهاج".

(٥) في "م": ((المرأة والرجل)). وفي "ب": ((والمرأة الرجل))، وهو خطأ.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/ب.

أو خيارِ عتقٍ،...

قلت: لكنْ يَرِدُ عليه إباءُ الزَّوجِ عن الإسلام، فإنَّه طلاقٌ مع أنَّه يمكنُ أنْ يكون منهـا، وكذا اللِّعانُ، [٣/ق٥٦/ب] فإنَّه من كلٍّ منهما وهو طلاقٌ، وقد يجابُ عـن الأوَّلِ بأنـه علـى قولِ "أبي يوسف" أنَّ الإباء فسخٌ ولو كان من الـزَّوج، وعـن الثَّاني بـأنَّ اللِّعـان لَمَّـا كـان ابتداؤه منه صار كأنَّه مِن قِبَلِهِ وحدَهُ، فليُتأمَّل.

[١١٦٣٤] (قولُهُ: أو خيارِ عتـقٍ) يقتضـي أنَّ للعبـد خيـارَ عتـقٍ، وهـو سـهوٌ منـه، فإنّـا قدَّمنا[١] عن "البحر" و"فتح القدير": ((أنَّ خيار العتق يَختَصُّ بالأنثى))، وسيُصرِّحُ[٢] به "الشَّارح"

فواَثَبَ يوماً فتىً فقَطَع الفتى أنْفَه فأخذتْ أُمُّه دِيَةَ أنْفِه فحسُنتْ حالُها بعد فَقْرٍ مُدْقِعٍ، ثُـمَّ وَاثَـبَ آخـرَ فقَطَـع أُذُنَه، ثُمَّ وَاثَبَ آخرَ فقَطَعَ شَفَتَهُ فأخذت دِيَتَهُما، فلمَّا رأَتْ حُسْنَ حالِها وما صار عندها من إبِلٍ وغنَمٍ ومتَاعٍ حَسُنَ رأْيُها فيه ومَدَحتْهُ وذَكَرتْهُ في أُرْجُوزتها فقالت: [الرجز]

أُقسِـمُ بـالمَرْوَة حقّـاً والصَّفـا ... أنَّك أجْدَى مـن تَفَـاريقِ العَصـا

وقيل لأعرابيٍّ: ما تفاريقُ العصا، قال: العصا تقطَعُ ساجُوراً، والسَّواجيرُ تكـون للكـلاب والأسْرَى من النَّاس، ثُمَّ تُقطَعُ عصا السَّاجُور فتصيرُ أوتاداً، ويُفرَّقُ الوَتِدُ ثُمَّ تصيرُ كلُّ قطعةٍ شِظاظاً، فإذا جُعِل لرأس الشِّظاظ كالفَلْكَة صار عِرَاناً للبخاتيِّ، ومِهَاراً وهو: العُودُ الَّذي يُدخلُ في أنف البُخْتِيِّ، ثمَّ إذا فُـرِّق المِهَـارُ يُؤخذُ منها تَوادي وهي: الخَشَبةُ الَّتي تُصرُّ بها الأخلافُ، هذا إذا كانت عصاً، فإذا كانت العصا قَنـا فكـلُّ شِقٍّ منها قَوْسُ بُنْدق، فإنْ فُرِّقت الشُّقَّة صارت سِهاماً، ثمَّ إذا فُرِّقت السِّـهامُ صـارت حِظـاءً، ثـم صـارت مَغازِلَ، ثمَّ يَشْعَبُ به الشَّعَّابُ أقداحَهُ المَصدُوعةَ وقِصَاعَهُ المَشقُوقةَ على أنَّه لا يجدُ لها أصلحَ منها وألْيَقَ بها، ويُضْرَبُ فيمن نَفْعُه أعمُّ من نَفْعِ غيرِه اهـ. من "القاموس" و"شرحه".

(قولُهُ: وقد يُجابُ عن الأوَّل بأنَّه على قول "أبي يوسف" أنَّ الإباءَ فَسْخٌ إلخ) نعـم هـو غـيرُ واردٍ على قوله، لكنَّه واردٌ على قَوْل مَن يقول: إنَّه فَسْخٌ.

---

(١) المقولة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتق))، لكن لم نجد نقل "البحر" و"الفتح" عنه.

(٢) "در" صـ٥٩٤ـــ.

وليس لنا فُرْقةٌ منه، ولا مهرَ عليه إلاَّ إذا اختارَ نفسَهُ بخيارِ عتقٍ، وشُرِطَ للكلِّ القضاءُ..

في باب نكاح الرَّقيق حيث يقول: ((ولا يَثْبُتُ لغلامٍ))، "ح"[١].

[١١٦٣٥] (قولُهُ: وليس لنا فُرقةٌ منه) أي: قبل الدُّخول، "ح"[٢].

[١١٦٣٦] (قولُهُ: إلاَّ إذا اختارَ نفسَهُ بخيارِ عتقٍ) صوابُهُ: بخيارِ بلوغٍ، ويدلُّ عليه قولُ "البحر"[٣]: ((وليس لنا فُرقةٌ جاءت من قِبَلِ الزَّوجِ قبل الدُّخول، ولا مهرَ عليه إلاَّ هذه))، فإنَّه راجعٌ إلى خيارِ البلوغ؛ لأنَّ كلامَهُ فيه لا في خيارِ العتق كما تعلمُهُ بمراجعتِهِ، ثمَّ قال: ((وهذا الحصرُ غيرُ صحيحٍ؛ لِما في "الذَّخيرة" قبيل كتاب النَّفقات: حُرٌّ تزوَّجَ مُكاتبةً بإذنِ سيِّدِها على جاريةٍ بعَيْنِها، فلم تقبض المكاتبةُ الجاريةَ حتَّى زَوَّجَتْها مِن زوجِها على مائةِ درهمٍ جاز النِّكاحان، فإنْ طلَّقَ الزَّوجُ المكاتبةَ أوَّلاً ثمَّ طلَّقَ الأَمَةَ وقَعَ الطَّلاقُ على المكاتبةِ، ولا يقعُ على الأَمَةِ؛ لأنَّ بطلاق المكاتبة[٤] تتنصَّفُ الأَمَةُ، وعاد نصفُها إلى الزَّوج بنفس الطَّلاق، فيَفسُدُ نكاحُ الأَمَةِ قبل وُرُودِ الطَّلاق عليها، فلم يَعمَلْ طلاقُها، ويَبطُلُ جميعُ مهرِ الأَمَةِ عن الزَّوج مع أنَّها فُرقةٌ جاءت من قِبَلِ الزَّوج قبل الدُّخول بها؛ لأنَّ الفُرقة إذا كانت من قِبَلِ الزَّوج إنما لا تُسقِطُ كلَّ المهر إذا كانَت طلاقاً، وأمَّا إذا كانت من قِبَلِهِ قبلَ الدُّخول وكانت فسخاً من كلِّ وجهٍ تُوجِبُ سقوطَ كلِّ الصَّداقِ كالصَّغيرِ إذا بلَغَ، وأيضاً لو اشتَرَى منكوحتَهُ قبل الدُّخولِ بها فإنَّه يَسقُطُ كلُّ الصَّداقِ مع أنَّ الفُرقةَ جاءت من قِبَلِهِ؛ لأنَّ فساد النِّكاح حكمٌ مُعلَّقٌ بالملك، وكلُّ حكمٍ تعلَّقَ بالملك فإنَّه يُحالُ به على قبولِ المشتري لا على إيجابِ البائع، وإنما سقَطَ كلُّ الصَّداق؛ لأنَّه فسخٌ من كلِّ وجهٍ. اهـ بلفظِهِ.

٢/٣٠٧

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٠.

(٤) من ((أولاً)) إلى ((المكاتبة)) ساقط من "آ".

إلاَّ ثمانيةً، ونظَمَ صاحبُ "النهر"[١] فقال[٢]: [بسيط]........................

ويَرِدُ على صاحب "الذّخيرة": إذا ارتَدَّ الزَّوجُ قبل الدُّخولِ فإنّها فُرقةٌ هي فسخٌ من كلِّ وجهٍ، مع أنَّه لم يَسقُطْ كلُّ المهر، بل يجبُ عليه نصفُهُ، فالحقُّ أنْ لا يُجعَلَ لهذه المسألةِ ضابطٌ، بل يُحكَمَ في كلِّ فَرْدٍ بما أفادَهُ الدَّليل)) اهـ كلامُ "البحر".

قال في "النّهر"[٣]: ((أقول: في [٣/ق٥٧/أ] دعوى كونِ الفُرقةِ من قِبَلِه فيما إذا ملَكَها أوْ بعضَها نظرٌ، ففي "البدائع"[٤]: الفُرقةُ الواقعةُ بملكِهِ إيّاها أو شِقْصاً منها فُرقةٌ بغير طلاق؛ لأنّها فُرقةٌ حصَلَتْ بسببٍ لا من قِبَلِ الزَّوجِ، فلا يمكن أنْ تُجعَلَ طلاقاً، فتُجعَلُ فسخاً اهـ. وسيأتي إيضاحُهُ في محلِّهِ)) اهـ كلامُ "النّهر"، "ح"[٥].

[١١٦٣٧] (قولُهُ: إلاَّ ثمانيةً) لأنَّها تبتني[٦] على سببٍ جَليٍّ، بخلاف غيرها فإنّه يبتني على سببٍ خفيٍّ؛ لأنَّ الكفاءة شيءٌ لا يُعرَفُ بالحسِّ، وأسبابُها مختلفةٌ، وكذا بنقصانِ مهرِ المثل، وخيارُ البلوغ مبنيٌّ على قُصُورِ الشَّفقةِ، وهو أمرٌ باطنيٌّ، والإباءُ ربما يُوجَدُ وربما لا يُوجَدُ[٧]، كذا في "البحر"[٨]، "ح"[٩].

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب في الأولياء والأكفاء ق١٧٢/ب بتصرف.

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: ونظمه في "النهر" فقال، ثم قال بعده: إنّما لم أذكر خيار المخيَّرة، والأمر باليد، والخلع؛ لأنّها من الكنايات، وإذا كان الأمر باليد والتخيير من كنايات التفويض فالكلامُ في الفرقة التي ليست بصريح ولا كناية.

والضابط: أنَّ كلَّ فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من الزوج فهي فسخ كخيار العتق والبلوغ، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالإيلاء والجَبِّ والعُنّة، وإنّما كانت ردّته فسخاً مع أنّها من قبله. لأنَّ بها ينتفي الملك فينتفي الحل، والفُرقةُ إنما جاءت بالتنافي لا بوجود المباشرة من الزوج، وإنما شرط القضاء في الفرقة بالجب وما عطف عليه؛ لأنَّ في أصلها ضعفاً فيتوقف عليه كالرجوع في الهبة، انتهى)). ق١٥٧/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/أ.

(٦) عبارةُ "ح": ((لا تبتني)).

(٧) ((وربما لا يوجد)) ليس في عبارة "ح".

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٠/٣.

(٩) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦١/أ.

فُرَقُ النِّكاحِ أَتَتْـكَ جَمْعـاً نافعـاً   فسخٌ طلاقٌ وهـذا الـدُّرُّ يَحْكِيهـا

تبايُنُ الدَّارِ مَعْ نُقْصانِ مَهْرِ........   ....

مطلبٌ في فُرَقِ النِّكاح

[١١٦٣٨] (قولُهُ: فُرَقُ النِّكاحِ) هذا الشَّطرُ الأوَّلُ من بحر الكامل، وما عداه من البسيط، وهو لا يجوزُ، وقد غيَّرتُهُ إلى قولي: إنَّ النِّكاحَ له في قولِهِمْ فُرَقُ، "ح"[١].

[١١٦٣٩] (قولُهُ: فَسْخٌ طلاقٌ) بدلٌ من ((فُرَقُ)) بدلَ مُفصَّلٍ، والخبرُ قولُهُ: ((أَتَتْكَ))، أو خبرٌ بعدَ خبرٍ، "ط"[٢].

[١١٦٤٠] (قولُهُ: وهذا الدُّرُّ) اسمُ الإشارة مبتدأٌ، و((الدُّرُّ)) بدلٌ منه أو عطفُ بيانٍ، والمرادُ به النَّظمُ المذكورُ، شبَّهَهُ بالدُّرِّ لنفاستِهِ، وجملةُ ((يحكيها)) ـ أي: يَذكُرُها ـ خبرٌ.

[١١٦٤١] (قولُهُ: تبايُنُ الدَّارِ) حقيقةً وحكماً، كما إذا خرَجَ أحدُ الزَّوجينِ الحربيَّينِ إلى دارِ الإسلام غيرَ مُستأمِنٍ، بأنْ خرَجَ إلينا مسلماً أو ذمِّيّاً، أو أسلَمَ، أو صار ذِمَّةً في دارنا، بخلاف ما إذا خرَجَ مُستأمِناً لتبايُنِ الدَّارِ حقيقةً فقط، وبخلاف ما إذا تَزوَّجَ مسلمٌ أو ذِمِّيٌّ حربيَّةً ثَمَّة لتبايُنِ الدَّارِ حكماً فقط، "ح"[٣] بزيادةٍ.

[١١٦٤٢] (قولُهُ: مَعْ نُقصانِ مهرِ) بتسكينِ عينِ ((مَعْ)) وهو لغةٌ، وكسرِ راءِ ((مهرِ)) بلا تنوينٍ للضَّرورة[٤]، يعني: إذا نَكَحَتْ بأقلَّ من مهرِها وفرَّقَ الوليُّ بينهما فهي فسخٌ، لكن إنْ كان ذلك قبلَ الدُّخول فلا مهرَ لها، وإنْ كان بعده فلها المسمَّى كما يأتي، "ط"[٥].

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/ب بتصرف.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٦/٢.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/ب.

(٤) **نقول:** لا مانع من تنوينه، والله أعلم.

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٦/٢ بتصرف.

.......................كـذا   فسادُ عَقْدٍ وفَقْدُ الكفـءِ[1] يَنْعِيها
تقبيلُ سَبْيٌ وإسلامُ المحـارِبِ ...   .

[١١٦٤٣] (قولُهُ: كذا فسادُ عَقْدٍ) كأنْ نكَحَ أَمَةً على حُرَّةٍ، "ط"[2]. أو تزوَّجَ بغيرِ شهودٍ.

[١١٦٤٤] (قولُهُ: وفَقْدُ الكفءِ) أي: إذا نكَحَتْ غيرَ الكفءِ فللأولياءِ حقُّ الفسخِ، وهذا على ظاهرِ الرِّواية، أمَّا على روايةِ "الحسن" فالعَقْدُ فاسدٌ، "ط"[3]. وتقدَّمَ[4] أنَّها المفتى بها.

[١١٦٤٥] (قولُهُ: يَنْعِيها) النَّعْيُ هو الإخبارُ بـالموتِ، وهـو تكملـةٌ أشـار بـه إلى أنَّ من نَكَحَتْ غيرَ كفءٍ فكأنَّها ماتَتْ، "ط"[5].

[١١٦٤٦] (قولُهُ: تَقْبيلُ) بالرَّفع من غيرِ تنويـنٍ للضَّـرورة، أي: فِعلُـهُ مـا يُوجِـبُ حُرمـةَ [٣/ق٥٧/ب] المصاهرةِ بفروعها الإناثِ وأصولِها، أو فِعْلُهـا ذلـك بفروعِـهِ الذُّكُـورِ وأصولِـهِ، "ط"[6].

[١١٦٤٧] (قولُهُ: سَبْيٌ) فيه نظرٌ؛ لِما في باب نكاح الكافر: ((والمرأةُ تَبينُ بتبايُنِ الدَّارين لا بالسَّبي))، ولئِنْ كان المرادُ السَّبيَ مع التَّبايُنِ فالتَّبايُنُ مُغْنٍ عنه، "ح"[7].

[١١٦٤٨] (قولُهُ: وإسلامُ المحاربِ) أي: لو أسلَمَ أحـدُ المجوسيَّيْنِ في دارِ الحرب بـانَتْ منه بمضيِّ ثلاثِ حِيَضٍ أو ثلاثةِ أشهرٍ قبل إسلام الآخرِ إقامـةً لشَـرْطِ الفُرقـةِ ـ وهـو مُضـيُّ الحيض أو الأشهرِ ـ مُقامَ السَّبب وهو الإباءُ؛ لتعذُّرِ العَرْضِ بانعدامِ الوَلاية، فيصيرُ مضيُّ ذلك بمنزلةِ تفريـق

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وفقد الكفء ينعيها، أقول: يعني على قول مَنْ قال بصحَّة العقد، وأمَّا على قـول مَـنْ يقـول ببطلانه، وهو الصحيح فلا يحتاج إلى حكم الفرقة. حموي)). ق١٥٧/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٦/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٦/٢.

(٤) المقولة [١١٥٠٢] قوله: ((وهو المختار للفتوى)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٦/٢.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٦/٢.

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/ب.

..........................أو إرضاعُ ضَرَّتِها قد عُدَّ ذا فيها
خيارُ عِتْقٍ بلوغٍ رِدَّةٌ وكذا مِلْكٌ لبعضٍ..................

القاضي، وهذه الفُرقةُ طلاقٌ عندهما فسخٌ عند "أبي يوسف"، قال في "البحر"[1] في باب نكاح الكافر: ((ينبغي أنْ يقال: إنَّها طلاقٌ في إسلامِها ـ لأنَّه هو الآبي حكماً ـ فسخٌ في إسلامِهِ)).

[١١٦٤٩] (قولُهُ: أو إرضاعُ ضَرَّتِها) أي: إذا أرضَعَتِ الكبيرةُ ضَرَّتَها الصَّغيرةَ في أثناء الحولين يَنفسِخُ النِّكاحُ كما يأتي[2] في باب الرَّضاع؛ لكونِهِ يصيرُ جامعاً بين الأمِّ وبنتِها، "ط"[3]. والضَّرَّةُ غيرُ قيدٍ، فإنَّ منه ما مثَّلَ به في "البدائع"[4]: ((لو أرضَعَتِ الصَّغيرةَ أُمُّ زَوْجِها، أو أرضَعَتْ زوجتيه الصَّغيرتين امرأةٌ أجنبيَّةٌ)).

[١١٦٥٠] (قولُهُ: خيارُ عِتْقٍ) قد علمتَ أنَّه لا يكون إلاَّ من جهتِها بخلاف ما بعدَهُ، "ح"[5].

[١١٦٥١] (قولُهُ: بُلُوغٍ) بالجرِّ عطفاً على ((عِتْقٍ)) بإسقاطِ العاطف، "ط"[6].

٢/٣٠٨ [١١٦٥٢] (قولُهُ: رِدَّةٌ) بالرَّفع عطفاً على ((تبايُنُ)) بحذف العاطف، "ط"[7]. والمرادُ رِدَّةُ أحدِهما فقط، بخلاف ما لو ارتَدّا معاً فإنَّهما لو أسلَمَا معاً يبقى النِّكاحُ.

[١١٦٥٣] (قولُهُ: مِلكٌ لبعضٍ) أفادَ أنَّ مِلكَ الكلِّ كذلك بدلالةِ الأَولى، "ح"[8].

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ٣/٢٢٨ بتصرف.
(٢) المقولة [١٢٨٥٦] قوله: ((ضرتها الصغيرة)).
(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٦ بتصرف.
(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٢/٣٤٠ بتصرف.
(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/ب.
(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٦.
(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٦.
(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/ب بتصرف يسير.

....	..........وتلك الفسخُ يُحصِيها
أمَّا الطَّلاقُ فجَبٌّ عُنَّةٌ وكذا	إيلاؤُهُ ولِعانٌ ذاك يَتلُوها
قضاءُ قاضٍ أَتَى شَرْطَ الجميعِ	....

[١١٦٥٤] (قولُهُ: وتلك الفَسخُ يُحصِيها) أي: يَجمَعُها ويتحقَّقُ في كلٍّ منها، والإشارةُ الى الاثني عشرَ المتقدِّمةِ، وقد علمتَ سقوطَ السَّبْيِ، وكان ينبغي أنْ يذكرَ بدلَهُ ما في "البدائع"[(١)]: ((تَزَوَّجَ مسلمٌ كتابيَّةً يهوديَّةً أو نصرانيَّةً فتَمَجَّسَتْ تَثبُتُ الفُرقةُ بينهما؛ لأنَّ المجوسيَّةَ لا تَصلُحُ لنكاحِ المسلم، ثمَّ لو كانت قبل الدُّخولِ فلا مهرَ لها ولا نفقةَ؛ لأنَّها فُرقةٌ بغيرِ طلاقٍ، فكانت فسخاً، ولو بعدَ الدُّخولِ فلها المهرُ دون النَّفقةِ؛ لأنَّها جاءَتْ من قِبَلِها)) اهـ.

وقد غيَّرْتُ البيتَ[(٢)] الذي قبلَ هذا، وأسقطتُ منه السَّبْيَ، وزدْتُ هذه المسألةَ فقلت: [بسيط]

إرضاعٌ اسلامُ حَرْبيٍّ تَمَجُّسُ نَصْـ	ـرانيَّةٍ قُبلَةٌ قد عُدَّ ذا فيها

وقد علمتَ أنَّ كون إسلام [٣/ق٥٨/أ] الحربيِّ فسخاً مُفرَّعٌ على قولِ "الثَّاني" أو على ما بَحَثَهُ في "البحر"[(٣)].

[١١٦٥٥] (قولُهُ: أمَّا الطَّلاقُ إلخ) أي: أمَّا الفُرقةُ الَّتي هي طلاقٌ فهي الفُرقةُ بالجَبِّ والعُنَّةِ والإيلاءِ واللِّعان، وبقي خامسٌ ذكَرَهُ في "الفتح"[(٤)]، وهو إباءُ الزَّوجِ عن الإسلام، أي: لو أسلَمَتْ زوجةُ الذِّمِّيِّ وأَبى عن الإسلام فإنَّه طلاقٌ بخلاف عكسه، فإنَّها لو أَبَتْ يبقى النِّكاحُ. وقد غيَّرتُ البيتَ إلى قولي: [بسيط]

أمَّا الطَّلاقُ فجَبٌّ عُنَّةٌ وإبا	ءُ الزَّوجِ إيلاؤُهُ واللَّعنُ يَتْلُوها

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يرفع حكم النكاح ٢/٣٣٨.

(٢) في "ب": ((للبليت))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٧٦.

........................خــلا مِلْـكٍ وعتـقٍ وإسـلامٍ أتـى فيهـا
تقبيلُ سَبْيٌ مَعَ الإيـلاءِ يـا أَمَلـي تبـايُنٌ مَـعْ فسـادِ العقـدِ يُدنِيهـا
(وبطَلَ خِيارُ البِكْرِ بالسُّكوتِ) لو مختارةً..............................

وكذا إسلامُ أحدِ الحربيَّين فُرقةٌ بطلاقٍ على قولهما، لكنْ لَمَّا مشى على كونه فسخاً لم نذكره.

(تتمَّةٌ)

قدَّمنا[1] عن "الفتح": ((أنَّ كلَّ فُرقـةٍ بطـلاقٍ يَلحَـقُ الطَّـلاقُ عِدَّتَهـا إلاَّ اللِّعـانَ؛ لأنَّـه حرمةٌ مُؤبَّدةٌ)).

[١١٦٥٦] (قولُهُ: خلا مِلكٍ إلخ) أرادَ بالمِلك مِلكَ أحدِهما للآخرِ أو لبعضِهِ، وبالعتق خيـارَ الأَمَةِ إذا أعتقَها مولاها بعدما زوَّجَها بخلاف العبد، وبالإسلام إسـلامَ أحـدِ الحربيَّـين، وبـالتَّقبيلِ فعلَ ما يُوجِبُ حُرْمةَ المصاهرة، فإنَّه لا يَرتفِعُ النِّكـاحُ بمجـرَّدِ ذلـك، بـل بعـدَ المتاركـةِ أو تفريـقِ القاضي كما مَرَّ[2] في المحرَّمات، فلم يتعيَّن التَّفريقُ، وقد علمتَ أنَّ ذكر السَّبْيِ لا محلَّ له.

وحاصلُ ما ذكرَهُ مما لا يحتاجُ إلى القضاءِ ثمانيةٌ، ويَرِدُ عليه الفُرقةُ بالرِّدَّة، فسيأتي[3] أنَّ ارتداد أحدِهما فسخٌ في الحال. وقد غيَّرتُ البيتَ الأخير إلى قولي: [بسيط]

إيـلاؤُهُ رِدَّةٌ أيضـاً مُصـاهَرَةٌ تبايُنٌ مَعْ فسـادِ العَقْـدِ يُدْنيهـا

[١١٦٥٧] (قولُهُ: وبطَلَ خيارُ البكرِ) أي: مَن بَلَغَتْ وهي بِكْرٌ.

[١١٦٥٨] (قولُهُ: لو مختارةً) أمَّا لو بَلَغَها الخبرُ فأخذَها العطاسُ أو السُّعالُ، فلمَّـا ذهَـبَ عنها قالت: لا أرضى جازَ الرَّدُّ إذا قالَتْهُ مُتَّصلاً، وكذا إذا أخذَ فمَها فترَكَ فقالت: لا أرضـى جازَ الرَّدُّ، "ط"[4] عن "الهنديَّة"[5].

---

(١) المقولة [١١٦٣١] قوله: ((ولا يلحقها طلاق)).

(٢) المقولة [١١٣٣٢] قوله: ((إلا بعد المتاركة)).

(٣) "در" صـ٦٤٤ـ.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٦.

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الرابع في الأولياء ١/٢٨٨.

(عالِمةً بـ) أصلِ (النِّكاحِ) فلو سألَتْ عن قَدْرِ المهرِ قبل الخلوةِ أو عن الزَّوجِ، أو سَلَّمَتْ على الشُّهودِ لم يَبطُل خيارُها، "نهر" بحثاً[1]........................

[١١٦٥٩] (قولُهُ: عالِمةً بأصلِ النِّكاحِ) فلا يُشترَطُ عِلْمُها بثُبُوتِ الخيارِ لها، أو أنَّه لا يَمتَدُّ إلى آخرِ المجلس كما في "شرح الملتقى"[2]، وفي "جامع الفصولين"[3]: ((لو بَلَغَتْ وقالت: الحمدُ لله، اختَرْتُ نفسي فهي على خيارِها، وينبغي أن تقول في فَوْرِ البلوغ: اخترتُ نفسي ونَقَضْتُ النِّكاحَ، فبعده لا يَبطُلُ حقُّها بالتَّأخيرِ حتَّى يوجدَ التَّمكينُ)) اهـ.

[١١٦٦٠] (قولُهُ: فلو سألَتْ إلخ) لا محلَّ لهذا التَّفريعِ، بل المَقامُ مَقامُ الاستدراك؛ لأنَّ بُطلانَ الخيار بعلمِها بأصلِ النِّكاح يقتضي بُطلانَهُ بالأَولى في هذه المسائلِ المذكورة لا عدمَ بُطلانِهِ؛ لأنَّها إنَّما تكونُ بعد العِلْم بأصلِ النِّكاح، ولو فُرِضَ وجودُها قبلَهُ لم يَحصُلْ [٣/ق٥٨/ب] نزاعٌ في عدمِ بُطلانِ الخيار بها مع أنَّ النِّزاع قائمٌ كما تراه[4] قريباً.

[١١٦٦١] (قولُهُ: "نهر" بحثاً) أي: على خلافِ ما هو المنقولُ في "الزَّيلعيِّ"[5] و"المحيط"[6]

(قولُهُ: لا محلَّ لهذا التَّفريع إلخ) قد يُوجَّه التَّفريعُ بأنَّ قولَهُ: ((وبطل إلخ)) يفيدُ أنَّه لا يَبطُل في هذه المسائل؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منها السُّكوتُ، ولا ما يدُلُّ على الرِّضا بعد علْمِها بأصل النِّكاح، نظيرُ ما لو قالت: الحمدُ لله اخترْتُ نفسي.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: نهر بحثاً، تبع في "النهر" صاحبَ "الفتح" في ذلك، وما كان ينبغي للشارح الاقتصارُ عليه؛ لإيهامه أنَّ المسألة لم تذكر في كتب أصحابنا فيكون البحث مقبولاً، وليس كذلك؛ لأن الزيلعي نقل بطلان الخيار في ذلك، ومثلُهُ في "التاترخانية" عن "المحيط"، وكذا في "الذخيرة" فكان بحثاً مخالفاً للمنقول. تأمل)). ق١٥٧/أ.

(٢) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/٣٣٦ (هامش "مجمع الأنهر").

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون في الخيارات ١/٣٢٨ بتصرف.

(٤) في المقولة الآتية.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/١٢٥.

(٦) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل التاسع في معرفة الأولياء ١/ق١٩٥/ب.

....

و"الذَّخيرة"، وأصلُ البحث للمحقِّق "ابن الهمام"، حيث قال[١]: ((وما قيل: لو سألَتْ عن اسمِ الزَّوجِ أو عن المهرِ، أو سَلَّمَتْ على الشُّهودِ بطَلَ خيارُها تعسُّفٌ لا دليلَ عليه، وغايةُ الأمرِ كونُ هذه الحالةِ كحالةِ ابتداءِ النِّكاح، ولو سألت البِكْرُ عن اسمِ الزَّوجِ لا يَنفُذُ عليها، وكذا عن المهرِ، وكذا السَّلامُ على القادمِ لا يدلُّ على الرِّضاءِ، كيف وإنما أرسَلَتْ لغرضِ الإشهادِ على الفسخ؟!)) اهـ ملخَّصاً.

ونازَعَهُ في "البحر"[٢] في السَّلام: ((بأنَّ خيار البِكْر يَبطُلُ بمجرَّدِ السُّكوتِ، ولا شكَّ أنَّ الاشتغال بالسَّلام فوق السُّكوت))، قال في "النَّهر"[٣]: ((وأقول: ممنوعٌ، فقد نَقَلُوا في الشُّفعةِ أنَّ سلامَهُ على المشتري لا يُبطِلُها؛ لأنَّه ﷺ قال: ((السَّلامُ قبل الكلام))[٤] ولا شكَّ أنَّ طلب المُواثَبَةِ بعدَ العِلْمِ بالبيع يَبطُلُ بالسُّكوتِ كخيارِ البلوغ، ولو كان السَّلامُ[٥] فوقه لبَطَلَتْ، وقالوا: لو قال: مَن اشتراها؟ وبكم اشتراها؟ لا تَبطُلُ شُفعتُهُ كما في "البزَّازيَّة"[٦]، وهذا يُؤيِّدُ ما في "فتح القدير"[٧]، نعم ما وَجَّهَ به في المهر إنما يَتِمُّ إذا لم يَخْلُ بها، أمَّا إذا خلا بها خلوةً صحيحةً

---

(١) أي: في "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/ب.

(٤) أخرجه الترمذي (٢٦٩٩) كتاب الاستئذان ـ باب ما جاء في السلام قبل الكلام، وقال: ((هذا حديثٌ منكرٌ لا نعرفه إلاَّ من هذا الوجه، وفي إسناده عنبسة بن عبد الرحمن ومحمد بن زاذان وسمعت محمَّداً ـ يعني البخاريَّ ـ يقول: عنبسةُ بن عبد الرحمن ضعيفٌ في الحديث ذاهبٌ، ومحمَّدُ بن زاذان منكرُ الحديث)). وأبو يعلى في "مسنده" (٢٠٥٩)، والشهاب في "مسنده" ٥٦/١، والديلميُّ في "الفردوس" ٣٤٠/٢، والمناوي في "فيض القدير" ١٤٩/٤ ـ ١٥٠ وقال: حكَمَ بوضعه ابنُ الجوزي، وأقرَّهُ عليه ابنُ حجرٍ، ومن العَجَبِ أنه ورد بسندٍ حسنٍ رواه ابن عدي في "كامله" من حديث ابن عمر باللَّفظ المذكور، وقال الحافظ ابن حجر: هذا إسنادٌ لا بأس به، وأورده النوويُّ في "الأذكار" صـ٣١٦ـ وقال: هذا حديث ضعيف، ويشهد له حديثُ ابنِ عمر عند أبي نعيم في "الحلية" ١٩٩/٨: ((مَن بدأ الكلامَ قبل السَّلام فلا تُجيبوه)).

(٥) لفظة ((السلام)) ليست في "النهر".

(٦) "البزازية": كتاب الشفعة ـ الفصل الثالث في الطلب ١٦٣/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(ولا يَمتَدُّ إلى آخرِ المجلسِ)...

فالوقوفُ على كمِّيَّتِهِ اشتغالٌ بما لا يُفيدُ لوجوبِهِ بها، فـإطلاقُ عـدمِ سـقوطِهِ ممـا لا ينبغـي)) اهــ كلامُ "النَّهر". وعن هذا الأخيرِ قال "الشَّارح": ((قبلَ الخلوة)).

والحاصلُ: أنَّ المنقول في هذه المسائلِ الثَّلاثِ بطلانُ الخيارِ، وبَحَثَ في "الفتــح"[1] عدمَـهُ فيها، ونازَعَهُ في "البحر" في مسألةِ السَّلام فقط، وانتصرَ في "النَّهر" لـ"الفتح" في الكـلِّ، وكـذا المحقِّقُ "المقدسيُّ" و"الشُّرُنبلاليُّ"[2]، وكأنَّ أصلَ الحكم مذكورٌ بطريقِ التَّخريجِ والاستنباطِ من بعض مشايخ المذهب، فنازَعَهم في "الفتح"[3] في صحَّةِ هذا التَّخريج، فإنَّه وإنْ كـان مـن أهـل التَّرجيح ـ كما ذكرَهُ في قضاء "البحر"[4]، بل بلَغَ رتبةَ الاجتهادِ كما ذكرَهُ "المقدسيُّ" في باب نكاح العبد ـ لكنَّه لا يُتابَعُ فيما يُخالِفُ المذهبَ، فلو كان هذا الحكمُ منقـولاً عـن أحـدِ أئمَّتِنـا الثَّلاثةِ لَما ساغ لهؤلاء اتِّباعُ بحثِهِ المخالفِ لمنقولِ المذهب، ومما يُؤيِّدُ أنَّـه قـولٌ لبعض المشـايخ ـ لا نصٌّ مذهبيٌّ ـ قولُ "المحقِّق": ((وما قيل إلخ))، فافهم.

٣٠٩/٢

[١١٦٦٢] (قولُهُ: ولا يَمتَدُّ الى آخرِ المجلسِ) أي: مجلسِ بُلُوغِها أو علمِهـا بالنِّكـاح كمـا في "الفتح"[5]، [٣/ق٥٩/أ] أي: إذا بَلَغَتْ وهي عالِمةٌ بالنِّكاح، أو عَلِمَتْ به بعد بُلُوغِها فـلا بـدَّ مـن الفسخِ في حال البلوغ أو العلم، فلو سَكَتَتْ ـ ولو قليلاً ـ بطَلَ خيارُها ولو قبلَ تبدُّلِ المجلس.

[١١٦٦٣] (قولُهُ: لأنَّه كالشُّفعةِ) أي: في أنَّه يُشـترَطُ لثبوتِهـا أنْ يَطلُبَهـا الشَّـفيعُ فَـوْرَ علمِـهِ في ظاهر الرِّواية، حتَّى لو سكَتَ لحظةً أو تكلَّمَ بكلامٍ لغوٍ بَطَلَتْ، وما صحَّحَهُ "الشَّارح"

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٣٣٧/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٤) "البحر": فصل في التقليد ٢٩٣/٦.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٨/٣.

لأنه كالشُّفعةِ، ولو اجتَمَعَتْ معه تقولُ: أطلُبُ الحقَّين، ثمَّ تبدأ بخيارِ البلوغ؛ لأنَّه دِيْنيٌّ،..

في بابها(١): ((من أنَّها تَمتَدُّ إلى آخرِ المجلس)) ضعيفٌ كما سيأتي(٢) إن شاء الله تعالى.

[١١٦٦٤] (قولُهُ: ولو اجتَمَعَتْ معه) أي: الشُّفعةُ مع خيارِ البلوغ، "ح"(٣).

[١١٦٦٥] (قولُهُ: ثُمَّ تبدأ بخيارِ البلوغِ) هذا قولٌ، وقيل: بالشُّفعةِ، وفي شُفعةِ "البزَّازيَّة"(٤): ((له حقُّ خيارِ البلوغ والشُّفعةِ، فقال: طلبتُها واخترتُ نفسي يَبطُلُ المؤخَّرُ ويَثبُتُ المُقدَّمُ؛ لأنَّه يمكنه أنْ يقول: طلبتُهما، أو أَجَزْتُهما، أو اخترتُهما جميعاً: نفسي والشُّفعةَ، قال القاضي "أبو جعفر": يُقدِّمُ خيارَ البلوغ؛ لأنَّ في خيارِ الشُّفعةِ ضَرْبَ سَعَةٍ؛ لِما مرَّ(٥) أنَّه لو قال: مَن اشتَرَى؟ وبكم اشتَرَى؟ لا تَبطُلُ، وقيل: يقول: طلبتُ الحَقَّينِ اللَّذينِ ثَبَتا لي: الشُّفعةَ ورَدَّ النِّكاحِ)) اهـ.

وتوقَّفَ "الخيرُ الرَّمليُّ" في وجهِ التَّعيين، واستبعَدَ الخلافَ فيه؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ بعض المتقدِّمين قال على سبيل التَّمثيل: طلبتُهما نفسي والشُّفعةَ(٦)، وبعضَهم قال: الشُّفعةَ ونفسي، فظَنَّ بعضُ المتأخِّرين أنَّ ذلك حَتْمٌ، وليس كذلك؛ لأنَّ طلب الحَقَّين جملةً هو المانعُ من السُّقوط، فحيث ثَبَتَ ذلك بالإجمالِ المتقدِّم لا يضرُّ في البيان تقديمُ أحدِهما على الآخرِ، بل لو قيل: لا حاجةَ إلى التَّفسيرِ لكان له وجهٌ وجيهٌ)) اهـ ملخَّصاً، فتأمَّل.

قلت: وأمَّا الثَّيِّبُ فتَبدَأُ بالشُّفعةِ بلا خلافٍ؛ لأنَّ خيارها يَمتَدُّ كما يأتي(٧).

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣١٦٣٧] قوله: ((هو الأصح)).

(٢) المقولة [٣١٦٣٩] قوله: ((خلافاً لما في "جواهر الفتاوى" إلخ)).

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦٠/ب.

(٤) "البزازية": الفصل الثالث في الطلب ١٦٥/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) المقولة [١١٦٦١] قوله: (("نهر" بحثاً)).

(٦) ((والشفعة)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "در" صـ٢٥٥ـ٢٥٦ـ وما بعدها.

وتُشهِدُ قائلةً: بَلَغْتُ الآنَ؛ ضرورةَ إحياءِ الحقِّ.........................

[١١٦٦٦] (قولُهُ: وتُشهِدُ إلخ) قال في "البزَّازيَّة"[١]: ((وإن أدرَكَتْ بـالحيضِ تختـارُ عنـد رؤيةِ الدَّمِ، ولو في اللَّيلِ تختارُ في تلك السَّاعةِ، ثمَّ تُشهِدُ في الصُّبحِ وتقولُ: رأيتُ الدَّمَ الآن؛ لأنَّها لو أسنَدَتْ أفسَدَتْ، وليس هذا بكذبٍ محضٍ، بل من قبيل المَعـاريضِ المُسـوِّغةِ لإحيـاءِ الحقِّ؛ لأنَّ الفعل الممتدَّ لدوامِهِ حكمُ الابتداءِ، والضَّرورةُ داعيةٌ إلى هذا لا إلى غيرِهِ)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّها تعني بقولها: بلغتُ الآن أنِّي الآن بالغةٌ لئلاَّ يكـونَ كذبـاً صريحـاً؛ لأنَّـه حيث أمكَنَ إحياءُ الحقِّ بالتَّعريضِ ـ وهو أنْ يريدَ المتكلِّمُ ما هـو خـلافُ [٣/ق٥٩/ب] المتبـادِرِ من كلامِهِ ـ كان أَولى من الكذب الصَّريح، فافهم. وفي "جامع الفصولين"[٢]: ((فـإنْ قـالوا: متى بَلَغْتِ؟ تقول: كما بَلَغْتُ نَقَضْتُهُ لا تَزِيدُ على هـذا، فإنَّهـا لـو قـالت: بَلَغْتُ قبـل هـذا ونَقَضْتُهُ حين بَلَغْتُ لا تُصدَّقُ، والإشهادُ لا يُشـتَرَطُ لاختيارِهـا نفسَـها، لكـنْ شُـرِطَ لإثباتِـهِ ببيِّنةٍ ليسقطَ اليمين عنها، وتحليفُها على اختيارِها نفسَها كتحليفِ الشَّفيع على الشُّفعة، فـإنْ قالت للقاضي: اخترتُ نفسـي حـين بَلَغْـتُ صُدِّقَـتْ مـع اليمـين، ولـو قـالت: بَلَغْـتُ أمـسِ وطَلَبتُ الفُرقةَ لا يُقبَلُ، وتحتاجُ إلى البيِّنة، وكذا الشَّفيعُ لو قال: طَلَبتُ حين عَلِمـتُ فـالقولُ له، ولو قال: عَلِمتُ أمسِ وطَلَبتُ لا يُقبَلُ بلا بيِّنةٍ)) اهـ.

قلت: وتحصَّلَ من مجموعِ ذلك أنَّها لو قالت: بَلَغتُ الآن وفَسَختُ تُصدَّقُ بلا بيِّنةٍ

(قولُهُ: والضَّرورةُ داعيةٌ إلى هذا لا إلى غيره، انتهى) وقال "الرَّحمتيُّ": ((وفي كلام "محمَّـدٍ" إشـارةٌ إلى أنَّ لها أنْ تُكذِّبَ إذا لم يُمكنِ التَّعريضُ بأنْ لم تجد الشُّهودَ إلاَّ بعد انقطاع الدَّم)) اهـ.

(قولُهُ: وتحصَّلَ من مَجمُوعِ ذلك أنَّها لو قالت: بلغتُ الآنَ وفَسـخْتُ تُصـدَّقُ إلخ) لم يُستفَدْ ممَّـا نقلَهُ عن "الفُصُولين" أنَّه في هذه الصُّورة تُصدَّقُ بلا يمينٍ، نعم ذكر "السِّنْدِيُّ" عن "الفُصُولين": ((أنَّها لو قالت: بلغتُ الآن وفَسخْتُ صُدِّقتْ بلا بَيِّنةٍ ولا يمينٍ)) اهـ. فكان المناسبُ لـ"المُحشِّي" نقلَ هذه الصُّورة أيضاً، ثم ذِكْرَ المُتحصَّلِ من كلامه.

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ نوعٌ في خيار البلوغ ٤/١٢٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون ١/٣٢٨ بتصرف.

(وإنْ جَهِلَتْ به) لتفرُّغِها للعِلْمِ (بخلافِ) خيارِ (المعتَقةِ) فإنَّه يَمتَدُّ لشُغْلِها بالمولى......

ولا يمينٍ، ولو قالت: فَسَختُ حين بَلَغتُ تُصدَّقُ بالبيِّنةِ أو اليمين، ولو قالت: بَلَغتُ أمسِ وفَسَختُ فلا بدَّ من البيِّنة؛ لأنَّها لا تَملِكُ إنشاءَ الفسخ في الحال بخلاف الصُّورةِ الثَّانيةِ، حيث لم تُسنِدْهُ إلى الماضي، فقد حَكَتْ ما تَملِكُ استئنافَهُ، فقد ظَهَرَ الفَرْقُ بين الصُّورتين وإنْ خَفِيَ على صاحب "الفصولين"[(١)] كما أفادَهُ في "نور العين"[(٢)].

[١١٦٦٧] (قولُهُ: وإنْ جَهِلَتْ به) أي: بأنَّ لها خيارَ البلوغ أو بأنَّه لا يَمتَدُّ، قال "القهستانيُّ"[(٣)]: ((وهذا عند "الشَّيخين"، وقال "محمَّدٌ": إنَّ خيارَها يَمتَدُّ إلى أنْ تَعلَمَ أنَّ لها خياراً كما في "النُّتف"[(٤)])).

[١١٦٦٨] (قولُهُ: لتفرُّغِها للعِلْمِ) أي: لأنَّها تتفرَّغُ لمعرفةِ أحكام الشَّرع، والدَّارُ دارُ العلم، فلم تُعذَرْ بالجهل، "بحر"[(٥)]، أي: أنَّها يُمكِنُها التَّفرُّغُ للتَّعلُّم لفَقْدِ ما يَمنَعُها منه وإنْ لم تُكلَّفْ به قبل بلوغِها.

[١١٦٦٩] (قولُهُ: بخلافِ خيارِ المُعتَقة فإنَّه يَمتَدُّ) أي: يَمتَدُّ إلى آخرِ المجلس، ويَبطُلُ بالقيام عنه

(قولُهُ: أي: يمتدُّ إلى آخر المجلس، ويبطلُ بالقيام عنه إلخ) وقال "ط": ((أي: يمتدُّ إلى أن تعلمَ به)) اهـ. وهذا مُقتضى التَّعليل بأنَّها مشغولةٌ بخِدْمة المَوْلى، وقال في "الفتح": ((أي: يمتدُّ إلى آخر المجلس،

---

(١) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون ١/٣٢٨ بتصرف.

(٢) "نور العين في إصلاح جامع الفصولين": لمحمد بن أحمد محيي الدين نِشَانجي زاده (ت١٠٣١هـ)، اختصر به "جامع الفصولين": لبدر الدين محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه (ت٨٢٣هـ). ("كشف الظنون" ١/٥٦٦، "هدية العارفين" ٦/٢٧٢، "الأعلام" ٦/٨).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في الولي والكفء ١/٢٨٠.

(٤) "النتف": كتاب النكاح ـ نكاح الصغير ١/٢٨٣ بتصرف يسير.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٠.

(وخيارُ الصَّغيرِ والثَّيِّبِ[١] إذا بَلَغا لا يَبطُلُ) بالسُّكوتِ (بلا صريحٍ) رِضاهُ (أو دلالةٍ) عليه (كقُبْلَةٍ ولَمْسٍ).........................

كما في "الفتح"[٢]، فافهم. وكذا لا يحتاجُ إلى القضاء بخلاف خيارِ البِكْر على ما مَرَّ[٣].

والحاصلُ ـ كما في "النَّهر"[٤] ـ: ((أنَّ خيار العتق خالَفَ خيارَ البلوغ في خمسةٍ: ثُبوتِهِ للأنثى فقط، وعدمِ بُطلانِهِ بالسُّكوتِ في المجلس، وعدمِ اشتراط القضاء فيه، وكونِ الجَهْلِ عذراً، وفي بُطلانِهِ بما يدلُّ على الإعراض، وهذا الأخيرُ بخلاف خيارِ الثَّيِّبِ والغلامِ على ما يأتي)) اهـ.

وأراد بالمُعتَقةِ التي زَوَّجَها مولاها قبل العتق صغيرةً أو كبيرةً، فَيَثبُتُ لها خيارُ العتق لا خيارُ البلوغ لو صغيرةً، إلاَّ إذا زَوَّجَها بعد العتق [٣/ق٦٠/أ] فيَثبُتُ لها وللعبد الصَّغير أيضاً بخلاف خيار العتق، فإنَّه لا يَثبُتُ له لو زَوَّجَهُ قبل العتق صغيراً أو كبيراً كما حرَّرناه[٥] سابقاً.

/٣١٠ [١١٦٧٠] (قولُهُ: والثَّيِّبِ) شَمِلَ ما لو كانت ثيِّباً في الأصل، أو كانت بِكْراً ثمَّ دخَلَ بها ثمَّ بَلَغَتْ كما في "البحر"[٦] وغيره.

[١١٦٧١] (قولُهُ: أو دلالةٍ) عطفٌ على ((صريحٍ))، وضميرُ ((عليه)) للرِّضاء، "ط"[٧].

ويبطلُ بالقيام، ووجهُ الفَرْق أنَّ خِيارَ العِتْق يَثبُتُ بإثبات المَوْلى؛ لأنَّه حُكمُ العِتْق الثَّابت بإثباته؛ فاقتضى جواباً في المجلس، كـ: التَّمليك في المُخيَّرة)) اهـ. والظَّاهرُ عدمُ التَّنافي بين هاتَيْن العبارتَيْن، وأنَّ الخِيارَ يمتدُّ إلى أنْ تعلمَ بالعِتْق، وإذا علمت به يمتدُّ إلى آخر المجلس، كما يفيدُ ذلك كلٌّ من العِلَّتين.

---

(١) في "د" زيادة: ((وإن كانت ثيباً في الأصل، أو كانت بكراً إلاَّ أنَّ الزَّوج قد بنى بها، ثم بلغت عند الزَّوج لا يبطل خيارها بالسكوت إلخ. "جامع الصغار" ومثله في "الاختيار")). ق١٥٧/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٠.

(٣) "در" صـ٢٣٥ـ٢٣٦ـ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/أ.

(٥) المقولة [١١٦٢٤] قوله: ((ويغني عنه خيار العتق)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣١.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٣٧.

ودَفْعِ مهرٍ (ولا) يَبطُلُ (بقيامِهما عن المجلسِ) لأنَّ وقتَهُ العمرُ، فيبقى حتَّى يُوجَدَ الرِّضاءُ، ولو ادَّعَتِ التَّمكينَ كَرْهاً..

[١١٦٧٢] (قولُهُ: ودَفْعِ مهرٍ) حمَلَهُ في "الفتح"[١] على ما إذا كان قبل الدُّخول، أمَّا لو دخَلَ بها قبل بلوغِهِ ينبغي أنْ لا يكونَ دفعُ المهر بعد بلوغِهِ رِضاءً؛ لأنَّه لا بدَّ منه أقامَ أو فسَخَ. اهـ "بحر"[٢]. ومثلُهُ يقال في قبولِها المهرَ بعد الدُّخولِ بها أو الخلوةِ، أفادَهُ "ط"[٣].

ومن الرِّضاءِ دلالةً في جانبها تمكينُهُ من الوطءِ[٤]، وطلبُ الواجب من النَّفقة بخلاف الأكل من طعامِهِ وخدمتِهِ، "نهر"[٥] عن "الخلاصة"[٦]. وتقدَّمَ[٧] في استئذان البالغة تقييدُ الخدمةِ بما إذا كانت تخدِمُهُ من قبلُ، والظَّاهرُ جَرَيانُهُ هنا.

[١١٦٧٣] (قولُهُ: لأنَّ وقتَهُ العُمرُ إلخ) على هذا تظافَرَتْ كلمتُهم كما في "غاية البيان"، فما نُقِلَ عن "الطَّحاويِّ": ((من أنَّه يَبطُلُ بصريحِ الإبطالِ أو بما يدلُّ عليه كما إذا اشتَغَلَتْ بشيءٍ آخرَ)) مُشكِلٌ؛ إذ يقتضي تقييدَهُ بالمجلس، "فتح"[٨]. والجوابُ أنَّ مراده بالشَّيءِ الآخرِ عملٌ يدلُّ

(قولُهُ: وطلبُ الواجبِ من النَّفَقة إلخ) فيه أنَّ النِّكاح قائمٌ، والنَّفقةَ واجبةٌ عليه حتَّى يُفرِّقَ القاضي بينهما قبل الدُّخول، أو إلى أنْ تنقضيَ العدَّةُ إنْ وُجِدَ الدُّخولُ؛ فقد طلبَتْ منه أمراً واجباً عليه فأنَّى يكونُ رضاً دلالةً.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٨/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٧/٢.

(٤) عبارة "النهر": ((وتمكينه من المهر)) بدل ((الوطء)) وهو تحريف.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/ب بتصرف.

(٦) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق٨٠/أ.

(٧) المقولة [١١٥٦٧] قوله: ((بخلاف خدمته)).

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣ بتصرف.

صُدِّقَتْ، ومُفادُهُ أنَّ القول لمدَّعي الإكراهِ لو في حبسِ الوالي، فليحفظ.

(الوليُّ في النِّكاحِ) لا المالِ (العَصَبَةُ بنفسِهِ)..........................

على الرِّضاءِ كالتَّمكينِ ونحوِهِ؛ لتصريحِهِ بأنَّه لا يَبطُلُ بالقيام عن المجلس، "بحر"[١].

[١١٦٧٤] (قولُهُ: صُدِّقَتْ) أي: لأنَّ الظَّاهرَ يُصدِّقُها، "فتح"[٢].

[١١٦٧٥] (قولُهُ: ومُفادُهُ إلخ) قال في "المنح"[٣]: ((وهذا الفرعُ يدلُّ على ما نقلَهُ "البزَّازيُّ"[٤] وأفتى به مولانا صاحبُ "البحر"[٥]: من أنَّ القول قولُ مُدَّعي الإكراهِ إذا كان في حبسِ الوالي))، "ح"[٦].

[١١٦٧٦] (قولُهُ: لا المالِ) فإنَّ الوليَّ فيه الأبُ ووصيُّهُ، والجَدُّ ووصيُّهُ، والقاضي ونائبُهُ فقط، "ح"[٧]. ثمَّ لا يخفى أنَّ قوله: ((لا المالِ)) على معنى فقط، أي: المرادُ بالوليِّ هنا الوليُّ في النِّكاح سواءٌ كان له وَلايةٌ في المالِ أيضاً كالأبِ والجَدِّ والقاضي أوْ لا كالأخِ، لا الوليُّ في المالِ فقط، وبه اندفَعَ ما في "الشُّرُنبلاليَّة"[٨]: ((من أنَّ فيه تدافُعاً بالنِّسبةِ إلى الأبِ والجَدِّ؛ لأنَّ لهما وَلايةً في المالِ أيضاً)).

[١١٦٧٧] (قولُهُ: العَصَبَةُ بنفسِهِ) خرَجَ به العَصَبَةُ بالغيرِ كالبنتِ، تصيرُ عَصَبَةً بالابن ولا وَلايةَ لها على أُمِّها المجنونةِ، وكذا العَصَبَةُ مع الغيرِ كالأخوات مع البناتِ ولا وَلايةَ للأختِ على أختِها

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٩/٣.

(٣) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الولي ١/ق ١٢٠/أ.

(٤) لم نعثر على المسألة في نسخة "البزازية" التي بين أيدينا.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣ بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦١/أ.

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦١/أ، وليس في عبارته لفظُ: ((والجدُّ)).

(٨) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٣٣٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

وهو مَن يتّصِلُ بالميتِ حتّى المعتقةُ (بلا تَوَسُّطِ أنثى)........................

المجنونةِ [٣/ق٦٠/ب] كما في "المنح"(١) و"البحر"(٢)، والمرادُ خروجُهما من رتبةِ التّقديم، وإلاّ فلهما وَلايةٌ في الجملة، يدلُّ عليه قولُ "المصنّف" بعدُ: ((فإنْ لم يكن عَصَبةٌ إلخ)).

والحاصل: أنَّ وَلايةَ من ذُكِرَ بالرَّحِمِ لا بالتّعصيب وإنْ كانت في حالِ عُصُوبتِها كالبنت مع الابن الصّغير، فإنّها تُزوِّجُ أمَّها المجنونةَ بالرَّحِمِ لا بكونِها عَصَبةً مع الابن.

[١١٦٧٨] (قولُهُ: وهو مَن يَتّصلُ بالميتِ) الضّميرُ للعَصَبةِ المذكورِ المرادِ به المعهودُ في باب الإرث بقرينة قوله: ((على ترتيبِ(٣) الإرثِ والحجبِ))، فيكونُ تعريفُهُ ما عرَّفوه به في باب الإرث، فلا يَردُ ما قيل: إنّه لا ميتَ هنا، فالأَولى أن يقال: وهو مَن يَتّصلُ بغيرِ المكلّف، فافهم، هذا، وفي "النّهر"(٤): ((هو مَن يأخذُ كلَّ المالِ إذا انفردَ والباقيَ مع ذي سهمٍ، وهذا أَولى من تعريفِهِ بـ: ذَكَرٌ يَتّصلُ بلا واسطةِ أنثى(٥)؛ إذ المُعتِقةُ لها وَلايةُ الإنكاح على مُعتَقِها الصّغيرِ حيث لا أقربَ منها)) اهـ.

فعبَّرَ "الشّارح" بـ((مَن)) بدلَ ذَكَرٍ لإدخال المُعتِقة، فيَندفِعُ اعتراضُ "النّهر"، لكنْ يَردُ عليه ـ كما قال "الرَّحميُّ" ـ ((عصباتُ المُعتِقة، فإنَّ لهم وَلايةً بعدها مع أنّهم مُتّصلون بواسطةِ أنثى)) اهـ، فالأَولى تعريفُ "النّهر". ولا يَردُ عليه أنَّ العَصَبة هنا لا يأخذُ كلَّ المال ولا شيئاً

(قولُهُ: لكن يَردُ عليه ـ كما قال "الرَّحميُّ" ـ عَصَبات المُعتِقة إلخ) وكذا يردُ عليه: أنّه يَشمَلُ الأُنْثى التي لم تتوسَّط بأُنْثى؛ فإنّها داخلةٌ في هذا التّعريف، فحينئذٍ يكونُ غيرَ جامعٍ وغيرَ مانعٍ، لكنْ يندفعُ إيرادُ "الرَّحميّ" بـ"العناية" التي سيذكرُها "المُحشّي" بعد هذا.

---

(١) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الولي ١/ق١٢٠/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣.

(٣) في "ب": ((تربيب))، وهو تحريف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧١/ب.

(٥) من قوله: ((هو من يأخذ)) إلى قوله: ((بلا واسطة أنثى)) نقلها صاحب "النهر" عن "البحر".

بيانٌ لِما قبلَهُ (على ترتيبِ الإرثِ والحجبِ) فيُقدَّمُ ابنُ المجنونةِ على أبيها؛.........

منه لِما قلنا آنفاً[1]، ونظيرُهُ قولهم في نفقة الأرحام: تجبُ النَّفقةُ على الوارث بقَدْرِ إرثِهِ، مع أنَّ الكلام في النَّفقة على الحيِّ، أو يقال: المرادُ مَن يُسمَّى عَصَبةً لو فُرِضَ المقصودُ تزويجُهُ ميتاً، وعلى كلٍّ فتكلُّفُ التَّأويلِ عند ظُهُورِ المعنى غيرُ لازمٍ، والاعتراضُ بما لا يَخطِرُ بالبالِ غيرُ واردٍ، بل ربما يُعابُ على فاعلِهِ كما عِيْبَ على مَن أورَدَ على تعريفِهم الماءَ الجاريَ بأنه ما يَذهَبُ بِتِبْنةٍ أنَّه يَصدُقُ على الحمارِ مثلاً أنَّه يَذهَبُ بها.

[١١٦٧٩] (قولُهُ: بيانٌ لِما قبلَهُ) أي: لقولِهِ: ((العَصَبةُ بنفسِهِ))؛ لأنَّه لا يكونُ إلاَّ بلا توسُّطِ أنثى، يعني: إذا كان مِن جهةِ النَّسب، أمَّا من السَّبب فقد يكونُ كعَصَبةِ المُعتِقة، ولا يخفى أنَّه بيانٌ بالنِّسبة لكلام المتن، أمَّا في كلام "الشَّارح" فهو جزءٌ من التَّعريف؛ لأنَّه أفادَ إخراجَ مَن يَتَّصِلُ بالميت [٣/ق٦١/أ] بواسطةِ أنثى كالجَدِّ لأمٍّ مثلاً.

[١١٦٨٠] (قولُهُ: فيُقدَّمُ ابنُ المجنونةِ على أبيها) هذا عندهما خلافاً لـ"محمَّدٍ" حيث قدَّمَ الأبَ، وفي "الهنديَّة"[2] عن "الطَّحاويِّ": ((أنَّ الأفضل أنْ يأمرَ الأبُ الابنَ بالنِّكاحِ حتَّى يجوزَ بلا خلافٍ)) اهـ.

وابنُ الابنِ كالابن، ثمَّ يُقدَّمُ الأبُ، ثمَّ أبوه، ثمَّ الأخُ الشَّقيقُ، ثُمَّ لأبٍ ـ وذكَرَ "الكرخيُّ": ((أنَّ تقديم الجَدِّ على الأخِ قولُ "الإمام"، وعندهما يَشترِكان))، والأصحُّ أنَّه قولُ الكلِّ ـ ثمَّ ابنُ الأخِ الشَّقيقِ، ثمَّ لأبٍ، ثمَّ العمُّ الشَّقيقُ، ثمَّ لأبٍ، ثمَّ ابنُهُ كذلك، ثمَّ عمُّ الأبِ كذلك، ثمَّ ابنُهُ كذلك، ثمَّ عمُّ الجَدِّ كذلك، ثمَّ ابنُهُ كذلك ـ كلُّ هؤلاء لهم إجبارُ الصَّغيرين وكذا الكبيرين إذا جُنَّا ـ ثمَّ المُعتِقُ ولو أنثى، ثمَّ ابنُهُ وإنْ سفَلَ، ثمَّ عَصَبتُهُ من النَّسَب على ترتيبِهم، "بحر"[3]

---

(١) في المقولة نفسها.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الرابع في الأولياء ٢٨٣/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٧/٣ بتصرف.

لأنّه يحجُبُهُ حجبَ نقصانٍ (بشرطِ حُرِّيَّةٍ وتكليفٍ وإسلامٍ......................

عن "الفتح"[١] وغيره.

(تنبيهٌ)

يُشترَطُ في المُعتِقِ أنْ يكون الوَلاءُ له؛ لِيَخرُجَ مَن كانت أمُّها حُرَّةَ الأصل وأبوها مُعتَقٌ، فإنّه لا وَلايةَ لِمُعتِقِ الأبِ عليها، ولا يَرِثُها، فلا يَلِي إنكاحَها كما نبَّهَ عليه صاحبُ "الدُّرر"[٢] في كتاب الولاء، فلو لم يوجد لها سوى الأمِّ ومُعتِقِ الأبِ فالوَلايةُ للأمِّ دونه، ولم أر مَن نبَّهَ عليه هنا، أفادَهُ السيِّدُ "أبو السُّعود"[٣] عن "شيخه".

٣١١/٢ [١١٦٨١] (قولُهُ: لأنّه يَحجُبُه حَجْبَ نقصانٍ) فيه أنَّ الأب لا يَرِثُ بالفرضيَّةِ أكثرَ من السُّدسِ، وذلك مع الابن وابنِهِ، ومع البنتِ يَرِثُهُ بالفرضِ والباقيَ بالتَّعصيب، وعند عدم الولد بالتَّعصيب فقط، وليس ما يَرِثُهُ بالتَّعصيب مُقدَّراً حتَّى يُنقَصَ منه، فالأَولى التَّعليلُ بأنّه لا يكونُ عَصَبةً مع الابن، تأمَّل.

[١١٦٨٢] (قولُهُ: بشرطِ حُرِّيَّةٍ إلخ) قلت: وبشرطِ عدمِ ظُهُورِ كون الأبِ أو الجَدِّ سيِّئَ الاختيار مَجَانةً وفسقاً إذا زَوَّجَ الصَّغيرَ أو الصَّغيرةَ بغيرِ كفءٍ أو بغبنٍ فاحشٍ، وكونِهِ غيرَ سكرانَ أيضاً كما مرَّ[٤] بيانُهُ. واحترَزَ بالحُرِّيَّة عن العبد، فلا وَلايةَ له على ولدِهِ ولو مُكاتَباً إلاَّ على أَمَتِهِ دون عبده لنقصِهِ بالمهرِ والنَّفقةِ كما سيأتي[٥] في بابه، وبالتَّكليف عن الصَّغيرِ والمجنون، فلا يُزوِّجُ في حالِ جُنُونِهِ مُطبقاً أو غيرَ مُطبقٍ، ويُزوِّجُ حالَ إفاقتِهِ عن الجنون بقسميه، لكنْ إنْ كان مُطبقاً تُسلَبُ وَلايتُهُ، فلا تُنتظَرُ إفاقتُهُ، وغيرُ المُطبقِ الوَلايةُ ثابتةٌ له، فتُنتظَرُ إفاقتُهُ كالنَّائم،

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٧٥/٣ بتصرف.

(٢) "الدرر": ٣٥/٢.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣٤/٢.

(٤) "در" صـ٢٢٥ـ وما بعدها.

(٥) المقولة [١٢٣٤٤] قوله: ((ومكاتب)).

....

[٣/ق٦١/ب] ومقتضى النَّظرِ أنَّ الكفءَ الخاطبَ إذا فاتَ بانتظارِ إفاقته تُزوَّجُ مُولِّيَتُهُ وإنْ لم يكن مُطبقاً، وإلاَّ انتُظِرَ على ما اختارَهُ المتأخِّرون في غَيْبة الوليِّ الأقربِ على ما سنذكرُهُ، "فتح"[1]، وتَبِعَهُ في "البحر"[2] و"النَّهر"[3]. والمُطبقُ شهرٌ، وعليه الفتوى، "بحر"[4].

مطلبٌ: لا يصحُّ توليةُ الصَّغير شيخاً على خيراتٍ

(تنبيهٌ)

علَّلَ "الزَّيلعيُّ"[5] عدمَ الوَلاية لِمَن ذُكِرَ: ((بأنَّهم لا وَلايةَ لهم على أنفُسِهم، فأَولى أنْ لا يكونَ لهم وَلايةٌ على غيرهم؛ لأنَّ الوَلاية على الغيرِ فرعُ الوَلايةِ على النَّفْس))، وذكَرَ السيِّدُ "أبو السُّعود"[6] عن "شيخه": ((أنَّ هذا نصٌّ في جوابِ حادثةٍ سُئِلَ عنها، هي أنَّ الحاكم

(قولُهُ: ومُقتضى النَّظر أنَّ الكُفءَ الخاطبَ إذا فات بانتظار إفاقته تُزوَّجُ مُوَلِّيَتُهُ وإن لم يكُنْ مُطبقاً، وإلاَّ انتظرَ إلخ) الظَّاهرُ أنَّ هذا التفصيلَ إنَّما هو في غيرِ المُطبِق؛ إذ بالمُطبِق[7] تُنْقلُ الوِلايةُ للبعيد فلا حاجةَ للتَّفصيل بين انتظار الكُفْء وعدَمِه، على أنَّ ما ذكره في "الفتح" من مُقتضى النَّظر مخالفٌ لِمَا أطبقوا عليه مِن أنَّه لا ولايةَ لمجنون؛ لأنَّه لا ولايةَ له على نفسه فأَوْلى أنْ لا تثبُتَ له على غيره اهـ. فمُقتضى هذا سلبُها عنه في حال جُنُونه وانتقالُها لغيره مُطْبِقاً أَوْ لا، ولا نظرَ لانتظار الكُفْء.

(قولُهُ: لأنَّ الوَلايةَ على الغَيْر فرعُ الوَلاية على النَّفس إلخ) مُقتضى هذه العلَّة عدمُ صحَّة تقرير الصغيرِ في الوظائف مطلقاً ولو يَعقِلُ التَّصرُّفَ، مع أنَّه سيأتي في كتاب الوقف: ((أنَّ الصَّغيرَ الذي لا يَعقِلُ أَوْ لا يَقدرُ على الحِفْظ لا تصحُّ توليتُهُ بخلاف العاقل القادرِ عليه فتصحُّ، وتكونُ من القاضي إذْناً له في التَّصرُّف، وللقاضي أن يأذنَ للصَّغير وإنْ لم يأذَنْ له وليُّه إلى آخر ما هناك.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٢ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٢/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٢.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/١٢٥.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/٣٦ بتصرف.

(٧) في مطبوعة الرافعي الميمنية: ((إذ المطبق)) وزيادة الباء يقتضيها السياق.

في حقِّ مسلمةٍ) تريدُ التَّزوُّجَ (وولدٍ مسلمٍ) لعدمِ الوَلاية (وكذا لا وَلاية) في نكـاحٍ ولا في مالٍ...

قرَّرَ طفلاً في مَشْيَخةٍ على خيراتٍ بقبضِ[1] غَلاّتِهم وتوزيعِ الخُبزِ عليهـم والنَّظَـرِ في مصـالِحِهم، فأجابَ ببُطلانِ التَّولية آخذاً مما ذُكِرَ)).

[١١٦٨٣] (قولُهُ: في حقِّ مسلمةٍ) قَيْدٌ في قولِهِ: ((وإسلام)).

[١١٦٨٤] (قولُهُ: تريدُ التَّزوُّجَ) أشار إلى أنَّ المراد بالمسلمةِ البالغةُ، حيث أُسنَدَ التَّزوُّجَ إليها؛ لئلاَّ يتكرَّرَ مع قوله: ((وولدٍ مسلمٍ))، فإنَّ الولد يَشمَلُ الذَّكَر والأنثى، وحينئذٍ فليـس في كلامِـهِ ما يقتضي أنَّ للكافر التَّصرُّفَ في مالِ بنتِهِ الصَّغيرةِ المسلمةِ، فافهم.

وعلى ما قلنا فإذا زَوَّجَت المسلمةُ نفسَها، وكان لها أخٌ أو عَمٌّ كافرٌ فليس له حـقُّ الاعـتراضِ؛ لأنَّه لا وَلايةَ له، وقد مرَّ[2] أوَّلَ الباب أنَّ مَن لا وليَّ لها فنكاحُها صحيحٌ نافذٌ مطلقاً، أي: ولو مِن غيرِ كفءٍ أو بدون مهرِ المثل، وإذا سقَطَتْ وَلايةُ الأبِ الكافر على ولده المسـلم فبـالأَولى سقوطُ حقِّ الاعتراض على أختِهِ المسلمة أو بنتِ أخيه، ويُؤخَذُ من هذا أيضاً أنَّه لو كان لهـا عَصَبةٌ رقيـقٌ أو صغيرٌ فهي بمنزلةِ مَن لا عصبةَ لها؛ لأنَّه لا وَلايةَ لهما كما عَلِمتَهُ، وقدَّمنا[3] ذلك أوَّلَ الباب.

[١١٦٨٥] (قولُهُ: لعدمِ الوَلايةِ) تعليلٌ للمفهوم، يعني: أنَّ الكافر لا يَلِي على المسـلمةِ وولـدِهِ المسلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء- ١٤١]، "ح"[4].

[١١٦٨٦] (قولُهُ: وكذا إلخ) عطفٌ على المفهوم الذي قلناه، والمسألةُ مذكورةٌ في "الفتح"[5] و"البحر"[6].

---

(١) في "ب": ((يقبض)).

(٢) "در" صـ١٩٤ـ١٩٥ـ.

(٣) المقولة [١١٥١١] قوله: ((وإن لم يكن لها ولي إلخ)).

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦١/أ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٢.

(لمسلمٍ على كافرةٍ إلاَّ) بالسَّببِ العامِّ (بأنْ يكونَ) المسلمُ (سيِّدَ أَمَةٍ كافرةٍ أو سلطاناً).......................................

[١١٦٨٧] (قولُهُ: لمسلمٍ على كافرةٍ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍۚ﴾ [الأنفال ـ ٧٣].

[١١٦٨٨] (قولُهُ: إلاَّ بالسَّببِ العامِّ إلخ) قالوا: وينبغي أنْ يقال: إلاَّ أنْ يكون المسلمُ سيِّدَ أَمَةٍ كافرةٍ أو سلطاناً، قال "السُّروجيُّ": ((لم أرَ هذا الاستثناءَ في كتب أصحابنا، وإنما هو منسوبٌ إلى "الشَّافعيِّ" و"مالكٍ"))، قال في "المعراج": ((وينبغي أنْ يكون [٣/ق٦٢/أ] مُراداً، ورأيتُ في موضعٍ معزوّاً إلى "المبسوط"[(١)]: الوَلايةُ بالسَّبب العامِّ تَثبُتُ للمسلم على الكافر كوَلايةِ السَّلطنةِ والشَّهادة، فقد ذكَرَ معنى ذلك الاستثناء)) اهـ "بحر"[(٢)] و"فتح"[(٣)] و"مقدسي"، وذكَرَهُ "الزَّيلعيُّ"[(٤)] أيضاً بصيغةِ ((وينبغي))، وتَبِعَهُ في "الدُّرر"[(٥)] و"العينيُّ"[(٦)] وغيرُهُ، فحيث عبَّرُوا كلُّهم عنه بصيغةِ ((ينبغي)) كان المناسبُ لـ"المصنِّف" أنْ يتابعَهم؛ لئلاَّ يُوهِمَ أنَّه منقولٌ في كتبِ المذهب صريحاً، وقولُ "المعراج": ((ورأيتُ في موضعٍ إلخ)) لا يَكفي في النَّقل لجهالتِهِ، فافهم.

(قولُ "الشَّارح": بأن يكونَ المسلمُ سيِّدَ أَمَةٍ كافرةٍ إلخ) وكذا عكسُهُ بأن كان السَّيِّدُ كافراً والرَّقيقُ مُسلِماً فله وِلايةُ تزويجه؛ فإنَّ له وِلايةً على المسلم في الجملة، وهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً فإنه يصحُّ شِراؤه، ويَثبُتُ له المِلكُ فيه، والولايةُ عليه إلاَّ أنَّه يُجبَرُ على البَيْع، والجَبرُ عليه لا يُشعِرُ بعدم الوِلاية، اهـ "كفاية" من باب الوصيِّ.

---

(١) "المبسوط": كتاب الفرائض ـ باب مواريث أهل الكفر ٣٠/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٢/٣-١٣٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/٢.

(٥) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٣٣٨/١.

(٦) "رمز الحقائق": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الأولياء ١٤٧/١.

أو نائبَهُ أو شاهداً (وللكافرِ وَلاية على) كافرٍ (مثلِهِ) اتِّفاقاً (فإنْ لم يكن عصبةٌ فالوَلايـة للأمِّ) ثـمَّ لأمِّ الأبِ، وفي "القنيةِ" عكسُهُ،..........................

[١١٦٨٩] (قولُهُ: أو نائبَهُ) أي: كالقاضي، فله تزويجُ اليتيمةِ الكافرةِ حيث لا وليَّ لها وكـان ذلك في منشورِهِ، "نهر"(١).

[١١٦٩٠] (قولُهُ: فإنْ لم يكن عَصَبَةٌ) أي: لا نسبيَّةٌ ولا سببيَّةٌ كالمُعتِق، ولـو أنثـى وعَصَباتِـهِ كما مرَّ(٢)، فيُقدَّمان على الأمِّ، "بحر"(٣).

[١١٦٩١] (قولُهُ: فالوَلايةُ للأمِّ إلخ) أي: عند "الإمام"، ومعه "أبو يوسف" في الأصحِّ، وقـال "محمَّدٌ": ليس لغيرِ العَصَباتِ وَلايةٌ، وإنما هي للحاكمِ، والأوَّلُ الاستحسانُ، والعمـلُ عليه إلاَّ في مسائلَ ليست هذه منها، فما قيل من أنَّ الفتوى على الثَّـاني غريـبٌ؛ لمخالفتِـهِ المتونَ الموضوعـةَ لبيان الفتوى، من "البحر"(٤) و"النَّهر"(٥).

[١١٦٩٢] (قولُهُ: وفي "القنية"(٦) عكسُهُ) أي: حيث قال فيهـا: ((أمُّ الأبِ أَولى في التَّرجيح من الأمِّ))، قال في "النَّهر"(٧): ((وحُكِيَ عن "خواهر زاده" و"عمرَ النَّسفيِّ" تقديمُ الأختِ علـى الأمِّ؛ لأنَّها من قوم الأب، وينبغي أنْ يُخرَّجَ ما في "القنية" على هـذا القـولِ)) اهـ، أي: فيكـونُ مـن اعتبَرَ ترجيحَ قومِ الأب يُرجِّحُ الجدَّةَ لأبٍ والأختَ على الأمِّ، لكنَّ المتون على ذكرِ الأمِّ عقب العَصَبات وعلى ترجيحِها على الأختِ، وصرَّحَ في "الجوهرة"(٨) بتقديمِ الجَدَّةِ على الأخت

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/أ.

(٢) المقولة [١١٦٧٩] قوله: ((بيان لما قبله)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/أ.

(٦) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في الأولياء ق٣٤/أ.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/أ.

(٨) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٧٦/٢.

ثمَّ للبنت، ثمَّ لبنت الابن، ثمَّ لبنتِ البنتِ، ثمَّ لبنتِ ابنِ الابنِ، ثمَّ لبنتِ بنتِ البنتِ

فقال: ((وأَولاهم الأمُّ ثمَّ الجَدَّةُ ثمَّ الأختُ لأبٍ وأمٍ))، ونقَلَ ذلك "الشُّرُنبلاليُّ" في رسالةٍ[1] عن "شرح النّقاية" للعلاَّمة "قاسمٍ"[2] وقال: ((ولم يُقيِّدِ الجَدَّةَ بكونِها لأمٍّ أو لأبٍ، غيرَ أنَّ السِّياق يقتضي أنَّها الجَدَّةُ لأمٍّ، وهل تُقدَّمُ أمُّ الأبِ عليها أو تتأخَّرُ عنها أو تُزاحِمُها؟ كلامُ "القنية" يدلُّ على الأوَّلِ، وسياقُ كلام الشَّيخ "قاسمٍ" يدلُّ على الثَّاني، وقد يقال بالمزاحمةِ لعدم المرجِّح، وقد يقال: قرابةُ الأبِ لها حكمُ العَصَبةِ، فتُقدَّمُ أمُّ الأبِ، فليُتأمَّل)) اهـ ملخَّصاً.

٣١٢/٢

قلت: وجزَمَ "الخيرُ الرَّمليُّ" بهذا الأخير فقال: ((قيَّدَ في "القنية" بالأمِّ لأنَّ الجَدَّةَ لأبٍ أَولى من الجَدَّةِ لأمٍّ قولاً واحداً، فتحصَّلَ بعدَ الأمِّ أمُّ الأبِ، ثمَّ أمُّ الأمِّ، ثمَّ الجدُّ الفاسد، تأمَّل)) اهـ. وما جزَمَ به "الرَّمليُّ" أفتى به في "الحامديَّة"[3].

ثُمَّ هذا [٣/ق٦٢/ب] في الجَدَّةِ الصَّحيحة، أمَّا الفاسدةُ فهي كالجَدِّ الفاسد كما يأتي[4] قريباً.

[١١٦٩٣] (قولُهُ: ثمَّ للبنتِ) إلى قوله: ((وهكذا)) ذكَرَ ذلك في "أحكام الصِّغار"[5] عقبَ الأمِّ، وكذا في "فتح القدير"[6] و"البحر"[7]، وقولُ "الكنز"[8]: ((وإنْ لم تكن عَصَبةٌ فالوَلايةُ للأمِّ

---

(١) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٢) "شرح النقاية": لأبي العدل القاسم بن قطلوبغا بن عبد الله، زين الدين السودوني المصري (ت٨٧٩هـ) ولم يُكْمِلْ هذا الشرح، و"النقاية": لعبيد الله بن مسعود، صدر الشريعة الثاني (ت٧٤٥هـ). ("كشف الظنون" ١٩٧١/٢، "الضوء اللامع" ١٨٤/٦، "الفوائد البهية" صـ٩٩ـ وـ١٠٩ـ، "هدية العارفين" ٦٤٩/١ و٨٣٠).

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢٠/١.

(٤) المقولة [١١٦٩٥] قوله: ((ثم للجدِّ الفاسد)).

(٥) "جامع أحكام الصغار": ترتيب ذوي الأرحام في تزويج الصغير ٦٨/١.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٨) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب في أحكام الأولياء ١٤٧/١.

وهكذا، ثمَّ للجَدِّ الفاسدِ (ثمَّ للأختِ لأبٍ وأمٍّ، ثـمَّ) للأخـتِ (لأبٍ، ثـمَّ لولـدِ الأمِّ)..

ثمَّ للأختِ إلخ)) يخالفُهُ، لكن اعتذَرَ عنه في "البحر"[1]: ((بأنـه لم يذكـره في "الكنـز" بعـدَ الأمِّ؛ لأنَّه خاصٌّ بالمجنون والمجنونة)).

[١١٦٩٤] (قولُهُ: وهكذا) أي: إلى آخرِ الفروع وإنْ سَفَلُوا، "ط"[2].

[١١٦٩٥] (قولُهُ: ثمَّ للجَدِّ الفاسدِ) قال في "البحر"[3]: ((وظاهرُ كـلام "المصنِّـف" أنَّ الجَـدَّ الفاسد مُؤخَّرٌ عن الأختِ؛ لأنَّه من ذوي الأرحام، وذكَرَ "المصنِّفُ" في "المستصفى": أنَّـه أَولى منها عند "أبي حنيفة"، وعند "أبي يوسف" الوَلايةُ لهما كمـا في المـيراث، وفي "فتـح القديـر"[4]: وقياسُ ما صُحِّحَ في الجَدِّ والأخِ من تقدُّمِ الجَدِّ تقدُّمُ الجَدِّ الفاسدِ على الأختِ اهـ. فثبَتَ بهذا أنَّ المذهب أنَّ الجَدَّ الفاسد بعدَ الأمِّ قبل الأخت)) اهـ كلامُ "البحر"، أي: بعـدَ الأمِّ في غـير المجنـون والمجنونة، وإلاَّ فالبنتُ مُقدَّمةٌ عليه كما علمتَ.

قلت: ووجهُ القياسِ أنَّهم ذكروا أنَّ الأصحَّ أنَّ الجَدَّ أبا الأبِ مُقدَّمٌ علـى الأخِ عنـد الكـلِّ وإن اشترَكَ مع الأخِ في الميراث عندهما؛ لأنَّ الوَلايةَ تبتني على الشَّفقةِ، وشفقةُ الجَدِّ فـوق شـفقة الأخ، وحينئذٍ يقاسُ عليه الجَدُّ الفاسدُ مع الأخـتِ، فـإنَّ شـفقتَهُ أقـوى منهـا، ومقتضـى هـذا أنَّ الجدَّةَ الفاسدة كذلك، ويُؤيِّدُ هذا أنَّ مَن أخَّرَ الجَدَّ الفاسد عن الأخت ذكَرَ معه الجدَّةَ الفاسـدةَ، وهو مـا مشى عليـه في "شرح درر البحار"[5] حيث قال: ((وعند "أبي حنيفة" الأمُّ، ثـمَّ الجدَّةُ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٩/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٥) "غرر الأذكار": كتاب النكاح ـ ذكر الولي والكفء والوكالة في النكاح ق١٩٣/ب.

الذَّكَرُ والأنثى سواءٌ، ثمَّ لأولادِهم (ثمَّ لذوي الأرحامِ) العَمَّاتِ، ثمَّ الأخوالِ، ثمَّ الخالاتِ، ثمَّ بناتِ الأعمام، وبهذا التَّرتيبِ أولادُهم، "شُمُنِّي". ثمَّ مولى الموالاةِ[1] (ثمَّ للسُّلطانِ،..

الصَّحيحة، ثمَّ الأختُ لأبوين، ثمَّ لأبٍ، ثمَّ الأخُ أو الأختُ لأمٍّ، وبعد هؤلاء ذوو الأرحامِ كجدٍّ وجدَّةٍ فاسدين، ثمَّ ولدُ أختٍ لأبوين أو لأبٍ، ثمَّ ولدُ أخٍ لأمٍّ، ثمَّ العمَّةُ، ثمَّ الخالُ، ثمَّ الخالةُ، ثمَّ بنتُ العمِّ، وهكذا الأقربُ فالأقربُ)) اهـ.

[١١٦٩٦] (قولُهُ: الذَّكَرُ والأنثى سواءٌ) لأنَّ لفظ ((الولد)) يَشمَلُهما، ومقتضاه أنَّهما في رتبةٍ واحدةٍ، ومقتضى تقديمِ الأخوالِ على الخالات ـ كما يأتي[2] ـ أنْ يُقدَّمَ الذَّكَرُ هنا، تأمَّل.

[١١٦٩٧] (قولُهُ: ثُمَّ لأولادِهم) أي: أولادِ الأختِ الشَّقيقة وما عُطِفَ عليها على هذا التَّرتيب كما علمتَهُ مما نقلناه[3] عن "شرح درر البحار"، وهذا يُغني عنه ما [٣/ق٦٣/أ] بعده.

[١١٦٩٨] (قولُهُ: وبهذا التَّرتيبِ أولادُهم) فيُقدَّمُ أولادُ العمَّاتِ، ثمَّ أولادُ الأخوال، ثمَّ أولادُ الخالات، ثمَّ أولادُ بناتِ الأعمام، "ط"[4].

[١١٦٩٩] (قولُهُ: ثمَّ مَوْلى المُوالاةِ) هو الذي أسلَمَ على يدِهِ أبو الصَّغيرةِ ووالاهُ؛ لأنَّه يَرِثُ، فتَثبُتُ له وَلايةُ التَّزويج، "فتح"[5]، أي: إذا كان الأبُ مجهولَ النَّسَب، ووالاهُ على أنَّه إنْ جَنى يَعقِلُ عنه وإنْ مات يَرِثُهُ، وقد تكونُ المُوالاةُ من الطَّرفين كما سيأتي[6] في بابها، وشَمِلَ المولى

---

(١) في "و": ((المولاة)).

(٢) المقولة [١١٦٩٨] قوله: ((وبهذا الترتيب أولادهم)).

(٣) المقولة [١١٦٩٥] قوله: ((ثم للجد الفاسد)).

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/ ٣٩.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/ ١٨١ وفيه: ((وهو الذي أسلم على يد أبي الصغيرة)).

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٥٩٠] قوله: ((على أن يرثه)).

ثمَّ لِقاضٍ نَصَّ له عليه في منشورِهِ) ثمَّ لنُوَّابِهِ إنْ فُوِّضَ له ذلك، وإلاَّ لا..........

الأنثى كما في "شرح الملتقى"[1].

[١١٧٠٠] (قولُهُ: ثمَّ لقاضٍ) نقَلَ "القهستانيُّ"[2] عن "النَّظْم": ((أنَّه مُقدَّمٌ على الأمِّ)).

قلت: وهو خلافُ ما في المتونِ وغيرِها.

[١١٧٠١] (قولُهُ: نَصَّ له عليه في مَنشُورِهِ) أي: على تزويجِ الصِّغار. والمنشورُ: ما كَتَبَ فيه السُّلطانُ أنِّي جعلتُ فلاناً قاضياً لبلدةِ كذا، وإنَّما سُمِّي به؛ لأنَّ القاضي يَنشُرُه وقت قراءتِهِ على النَّاس، "قهستاني"[3]. وسنذكرُ[4] في مسألةِ عَضْلِ الأقرب أنَّه تَثبُتُ الوَلايةُ فيها للقاضي وإنْ لم يكن في منشورِهِ، أي: لأنَّ ثُبُوتَ الوَلايةِ له فيها بطريقِ النِّيابة عن الأبِ أو الجدِّ العاضل دفعاً لظُلمِهِ، فيُحمَلُ ما هنا على ما إذا ثبَتَتْ له الوَلايةُ لا بطريقِ النِّيابة، تأمَّل.

[١١٧٠٢] (قولُهُ: إنْ فُوِّضَ له ذلك، وإلاَّ فلا) أي: وإنْ لم يُفوَّضْ للقاضي التَّزويجُ فليس لنائبِهِ ذلك؛ لِما في "المجتبى": ((ثمَّ للقاضي ونُوَّابِهِ إذا شرَطَ في عَهْدِهِ تزويجَ الصِّغارِ والصَّغائرِ، وإلاَّ فلا)) اهـ.

قال في "البحر"[5]: ((هذا بناءً على أنَّ هذا الشَّرط إنَّما هو في حقِّ القاضي دون نُوَّابِهِ، ويُحتمَلُ أنْ يكونَ شرطاً فيهما، فإذا كُتِبَ في منشورِ قاضي القضاة فإنْ كان ذلك في عهدِ نائبِهِ منه ملَكَهُ النائبُ، وإلاَّ فلا، ولم أرَ فيه منقولاً صريحاً)) اهـ.

وحاصلُهُ: أنَّ القاضيَ إذا كان مأذوناً بالتَّزويجِ فهل يكفي ذلك لنائبِهِ أم لا بدَّ أنْ يَنُصَّ القاضي لنائبِهِ على الإذن؟ وعبارة "المجتبى" مُحتمِلةٌ، والمتبادِرُ منها الأوَّلُ، وما في "النَّهر"[6]:

---

(١) انظر "مجمع الأنهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣٣٨/١.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ٢٨١/١.

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ٢٨١/١.

(٤) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٤/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/أ.

(وليس للوصيِّ) مِن حيث هو وصيٌّ (أنْ يُـزوِّجَ) اليتيـمَ (مطلقـاً) وإنْ أوصـى إليـه الأبُ بذلك..

((من أنَّ ما في "المجتبى" لايُفيدُ عدمَ اشتراط تفويضِ الأصيل للنائب كما تَوهَّمَهُ في "البحـر"[1]))
رَدَّهُ "الرَّمليُّ": ((بأنَّه كيف لايُفيدُ مع إطلاقِهِ في نُوَّابِهِ والمطلقُ يَجري على إطلاقِهِ؟! ووجهُهُ أنَّـه لَمَّا فوَّضَ لهم ما له وَلايتُهُ التي من جُملتِها التَّزويجُ صار ذلك من جملةِ ما فوَّضَ إليهم، وقد تقرَّرَ أنَّهم نُوَّابُ السُّلطان، حيث أَذِنَ له بالاستنابة عنه فيما فَوَّضَهُ إليه)) اهـ، فافهم.

قلـت: لكـن قـال في "أنفـع الوسـائل": ((الظَّـاهرُ أنَّ النَّـائب الـذي لم يَنُـصَّ لـه القـاضي [٣/ق٦٣/ب] على تزويجِ الصِّغارِ لايَملِكُهُ؛ لأنَّه إنْ كان فوَّضَ إليه الحكمَ بين النَّاس فهذا مخصـوصٌ بالمُرافعاتِ، فلا يَتعدَّى إلى التَّزويج، وكذا لو قال: استَنَبْتُكَ في الحكم، أمَّا لو قـال لـه: استَنَبْتُكَ في جميعِ ما فوَّضَ إليَّ السُّلطانُ فيَملِكُهُ؛ حيث عمَّمَ له)) اهـ.

٣١٣/٢

ثُمَّ استظهَرَ في "أنفع الوسائل": ((أنَّه إذا ملَكَ التَّزويجَ ليس له أنْ يأذَنَ به لغيرِهِ؛ لأنَّه بمنزلةِ الوكيل عن القاضي، وليس للوكيل أنْ يُوكِّلَ إلاَّ بإذنٍ)) اهـ.

[١١٧٠٣] (قولُهُ: وليس للوصيِّ) أي: وصيِّ الصَّغير والصَّغيرة، "بحر"[2]. واليتيمُ بوزنِ فَعِيلٍ يَشمَلُهما.

[١١٧٠٤] (قولُهُ: مِن حيث هو وصيٌّ) احترَزَ به عن قولِهِ الآتي[3]: ((نعم لو كـان قريبـاً أو حاكماً يَملِكُهُ إلخ)).

(قولُهُ: ثُمَّ استظهرَ في "أنفع الوسائل": أنَّه إذا مَلَكَ إلخ) الظَّاهرُ أنَّ النَّائبَ من قِبَلِ القاضي المأذونَ له بالتَّفويضِ له أنْ يأذنَ لغيره بتزويجِ يَتيمِهِ؛ لأنَّه بالإذْنِ صار وكيلاً عن السُّلْطان لا القاضي، وليس هذا من باب التَّوكيل عنه حتَّى يتوقَّفَ على الإذْنِ بل من باب الإنابة عن السُّلْطان، وللقاضي أنْ يأذنَ لغيره بذلك فكذا نائبُهُ المذكورُ، وذكر "ط" عند قول "المُصنِّف": ((ولا يُسْتخلَفُ قاضٍ من كُتَّـاب القضـاء)) قيَّد بالاستخلاف ليخرُجَ التَّوكيلُ والإيصاءُ؛ فإنَّ له ذلك إلخ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٤/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

(٣) "در" صـ٢٧٠ـ.

على المذهبِ، نعم لو كان قريباً أو حاكماً يملكُهُ بالوَلاية كما لا يخفى.

(فروعٌ) ليس للقاضي تزويجُ الصَّغيرةِ مِن نفسِهِ، ولا ممن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له كما في "مُعين الحكّام"، وأقرَّهُ "المصنِّفُ"[(١)]، وبه عُلِمَ أنَّ فِعْلَهُ حكمٌ..........

[١١٧٠٥] (قولُهُ: على المذهبِ) لأنَّه المذكورُ في "كافي الحاكم" مطلقاً حيث قال: ((والوصيُّ ليس بوليٍّ))، وزاد في "الذَّخيرة": ((سواءٌ أوصى إليه الأبُ بالنِّكاحِ أوْ لا))، نعم في "الخانيَّة"[(٢)] وغيرها: ((أنَّه روَى "هشامٌ" في "نوادرِهِ"[(٣)] عن "أبي حنيفة": أنَّه له ذلك إنْ أَوصَى إليه به))، وعليه مشى "الزَّيلعيُّ"[(٤)]، قال في "البحر"[(٥)]: ((وهي روايةٌ ضعيفةٌ))، واستثنى في "الفتح"[(٦)] ((ما لو عيَّنَ له المُوصِي في حياتِهِ رجلاً))، واعترضَهُ في "البحر"[(٧)]: ((بأنَّه إنْ زَوَّجَها من المعيَّنِ في حياةِ المُوصِي فهو وكيلٌ لا وصيٌّ، وإنْ بعدَ موتِهِ فقد بطَلَت الوكالةُ وانتَقَلَت الوَلايةُ للحاكم عند عدمِ قريبٍ)).

[١١٧٠٦] (قولُهُ: يَملِكُهُ) أي: التَّزويجَ إنْ لم يكن أحدٌ أَولى منه.

[١١٧٠٧] (قولُهُ: ولا ممن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له) كأصولِهِ وإنْ عَلَوا وفروعِهِ وإنْ سَفَلُوا، "ط"[(٨)].

[١١٧٠٨] (قولُهُ: عُلِمَ أنَّ فعلَهُ حكمٌ) أي: وليس له أنْ يَحكُمَ لنفسِهِ؛ لأنَّه في حقِّ نفسِهِ

(قولُ "الشَّارح": وبه عُلِمَ أنَّ فعلَهُ حُكْمٌ إلخ) قال "ابنُ الهُمام": ((والإلحاقُ بالتَّوكيل يكفي للحُكْم مُستغنياً عن جَعْل فعْلِه حُكْماً)) اهـ. لكن ذَكَر في "النَّهر" ما يُؤيِّدُ أنَّ فعْلَه حُكْمٌ.

---

(١) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الولي ١/ ق١٢٠/ب وفيه: ((اليتيمة)) بدل ((الصغيرة)).

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الأولياء ٣٥٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) تقدمت ترجمتها ٤٩٣/١.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٦/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٥/٣ بتصرف.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٣٩/٢.

وإنْ عَرِيَ عن الدَّعوى..

رعيَّةٌ، وكذا السُّلطانُ، "ح"(١) عن "الهنديَّة"(٢).

(تنبيهٌ)

أفتى "ابنُ نجيمٍ"(٣): ((بأنَّ القاضيَ إذا زَوَّجَ يتيمةً ارتفَعَ الخلافُ، فليس لغيرِهِ نقضُهُ))، أي: لِما علمتَ من أنَّ ذلك حكمٌ منه، ثمَّ رأيتُ ما أفتى به في "أنفع الوسائل".

[١١٧٠٩] (قولُهُ: وإنْ عَرِيَ عن الدَّعوى) أمَّا قولُهم: شَرْطُ نفاذِ القضاءِ في المُجتهَداتِ أنْ يصيرَ الحكمُ حادثةً تجري فيه خصومةٌ صحيحةٌ عند القاضي من خصمٍ(٤) على خصمٍ، فالظَّاهرُ أنَّه محمولٌ على الحكمِ القوليِّ، أمَّا الفعليُّ فلا يُشترَطُ فيه ذلك توفيقاً بين كلامهم، "نهر"(٥).

قلت: وكذا القضاءُ الضِّمْنيُّ لا تُشترَطُ له الدَّعوى والخصومةُ، كما إذا شَهِدا على خصمٍ بحقٍّ وذَكَرا اسمَهُ واسمَ أبيه وجَدِّه وقَضَى بذلك الحقِّ كان قضاءً بنَسَبِهِ ضمناً وإنْ لم يكن في حادثةِ النَّسَب، وكذا لو شَهِدا بأنَّ فلانةً زوجةَ فلانٍ وَكَّلَتْ زَوْجَها [٣/ق٦٤/أ] فلاناً في كذا على خصمٍ مُنكِرٍ وقَضَى بتوكيلِها كان قضاءً بالزَّوجيَّةِ بينهما، ونظيرُهُ الحكمُ بثُبوتِ الرَّمَضانيَّةِ

(قولُ "الشَّارح": وإنْ عَرِيَ إلخ) بكسر الرَّاء وفتح الياء بمعنى: خلا وتَجرَّد، وعَرَا يَعْرو بمعنى: الحُلول، وبنو عامرٍ في الفعل الثُّلاثيِّ يَقلِبُون الياءَ أَلِفاً في نحو: بَقِيَ ونَسِيَ وهَدِيَ وبَنِيَ فيقول: بَقى ونَسى وهَدَى وبَنَى البيتَ، ذكَرَه بعضُ الأشياخ، اهـ "سِنديّ".

(قولُهُ: وكذا لو شَهِدا بأنَّ فلانةً زوجةَ فلانٍ وَكَّلَتْ زوجَها فلاناً إلخ) ذَكَرَ هذه المسألةَ في "الأشباه" تفريعاً على مسألة النَّسَب المقولِ فيها: إنَّ القضاءَ الضِّمْنيَّ لا يُشترَطُ له الدَّعوى ولا الخُصومةُ، لكن اعترضَ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الولي ق١٦١/أ.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الرابع في الأولياء ١/٢٨٤ بتصرف.

(٣) لم نعثر عليها في "فتاوى ابن نجيم".

(٤) ((من خصم)) ساقط من "آ".

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/ب بتصرف.

صغيرةٌ زَوَّجَتْ نفسَها ولا وليَّ ولا[1] حاكمَ ثَمَّةَ توقَّفَ، ونفَذَ بإجازتِها بعدَ بُلُوغِها؛ لأنَّ له مُجيزاً وهو السُّلطان[2]. ولو زَوَّجَها..........................

في ضمن دعوى الوكالة، وتمامُهُ في قضاء "الأشباه"[3].

[١١٧١٠] (قولُهُ: صغيرةٌ زَوَّجَتْ نفسَها) أي: من كفء بمهرِ المثل، وإلاَّ لم يتوقَّفْ؛ لأنَّ الحاكمَ لا يَملِكُ العَقْدَ عليها بذلك فلا يَملِكُ إجازتَهُ، فكان عَقْداً بلا مُجيز، نعم لو كان لها أبٌ أو جَدٌّ وزَوَّجَتْ نفسَها كذلك توقَّفَ؛ لأنَّ له مُجيزاً وقتَ العَقْدِ؛ لأنَّ الأبَ والجَدَّ يَملِكان العَقْدَ بذلك، والصَّغيرُ كالصَّغيرة؛ لِما في "الخانيَّة"[4]: ((من أنَّ الصَّغير لو تَزَوَّجَ بالغةً، ثمَّ غابَ فتَزَوَّجَتْ آخرَ، وكان الصَّبيُّ أجازَ بعد بُلُوغِهِ العَقْدَ الذي باشَرَهُ في صِغَرِهِ فإنْ كانت الإجازةُ بعد العَقْدِ الثَّاني جاز الثَّاني؛ لأنَّها تَملِكُ الفسخَ قبلَ إجازتِهِ، وإنْ كانت قبله فإنْ كان الأوَّلُ بمهرِ المثل أو بغبنٍ فاحشٍ وللصَّغيرِ أبٌ أو جَدٌّ نفَذَ بإجازةِ الصَّبيِّ بعدَ بُلُوغِهِ، وإلاَّ فيجوزُ الثَّاني)).

[١١٧١١] (قولُهُ: ولا حاكمَ ثَمَّةَ) أي: في موضعِ العَقْد.

[١١٧١٢] (قولُهُ: توقَّفَ إلخ) هذا قولُ بعضِ المتأخِّرين، ففي "أحكام الصِّغار"[5]: ((فإنْ

ما ذكره في "الأشباه" من تفريع هذه المسألةِ على مسألة النَّسَب العلاَّمـةُ "البِيْري" على ما نَقله عنه "هبةُ الله" بقوله: ((هذا التَّفريعُ مُخالفٌ للمَنْقول فلا يُعوَّلُ عليه)) اهـ. لكن قد يقالُ: إنَّ موضوعَ ما في "الأشباه" ما إذا عرَّفاها بزَوْجها عوضاً عن أبيها وجدِّها بأنْ كانت معروفةً به، فالقضاءُ بتوكيلها قضاءٌ بالزَّوجيَّة أيضاً، كما لو شَهِدَا على خَصْمٍ غائبٍ بحقٍّ وذَكَرا نَسَبَهُ وقضى بذلك كان قضاءً بالنَّسَب أيضاً، لا لو كان حاضراً؛ إذ الإشارةُ كافيةٌ عن ذِكْر النَّسبِ فلا اعتبارَ بذِكْره؛ إذ المرادُ بالقضاء الضِّمْنيِّ كلُّ ما تضمَّنَهُ وتوقَّف صحَّتُهُ عليه.

---

(١) ((ولا)) ساقطة من "ط".

(٢) في "ب": ((السطان)) وهو خطأٌ طباعيٌّ.

(٣) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب القضاء والشهادات والدعاوي صـ٢٧٦ـ.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ١/٣٤٠ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "جامع أحكام الصغار": مسائل النكاح ١/٦٦.

ولِيَّان مستويان قُدِّمَ السَّابقُ،...

كانت في موضعٍ لم يكن فيه قاضٍ إنْ كان ذلك الموضعُ تحتَ وَلايةِ قاضي تلك البلدةِ يَنعقِدُ، ويتوقَّفُ على إجازةِ ذلك القاضي، وإلاَّ فلا يَنعقِدُ، وقال بعضُ المتأخِّرين: يَنعقِدُ ويتوقَّفُ على إجازتِها بعد البلوغ)) اهـ.

واستشكلَهُ في "البحر"[1]: ((بأنَّهم قالوا: كلُّ عَقْدٍ لا مُجيزَ له حالَ صُدُورِهِ فهو باطلٌ لا يتوقَّفُ))، ثمَّ قال: ((التَّوقُّفُ فيه باعتبارِ أنَّ مُجيزَهُ السُّلطانُ كما لا يخفى)) اهـ.

وهذا مبنيٌّ على كفايةِ كونِ ذلك المكان تحت وَلايةِ السُّلطانِ وإنْ لم يكن تحتَ وَلايةِ قاضٍ، وعليه فبُطْلانُ العَقْدِ يُتصوَّرُ فيما إذا كان في دارِ الحرب أو البحرِ أو المفازةِ ونحو ذلك بخلاف القُرى والأمصار، ويدلُّ عليه ما في "الفتح"[2] في فصل الوكالة بالنِّكاح، حيث قال: ((وما لا مُجيزَ له ـ أي: ما ليس له مَن يَقدِرُ على الإجازة ـ يَبطُلُ، كما إذا كانت تحتَهُ حُرَّةٌ فزَوَّجَهُ الفضوليُّ أَمَةً أو أختَ امرأتِهِ أو خامسةً، أو زَوَّجَهُ مُعتدَّةً أو مجنونةً أو صغيرةً يتيمةً في دارِ الحرب، أو إذا لم يكن سلطانٌ ولا قاضٍ[3]؛ لعدم مَن يَقدِرُ على الإمضاء حالةَ العَقْدِ، فوقَعَ باطلاً)) اهـ. وسيأتي[4] تمامُهُ في آخرِ الباب الآتي، وقد أطلنا الكلامَ في تحريرِ هذه المسألة في "تنقيح الفتاوى الحامديَّة"[5] من كتاب المأذون. [٣/ق٦٤/ب]

[١١٧١٣] (قولُهُ: وليَّان مُستويان) كأخوين شقيقين، فلو أحدُ الوليَّين أقربَ من الآخرِ فلا وَلايةَ للأبعدِ مع الأقرب، إلاَّ إذا غابَ غَيْبةً مُنقطِعةً فنكاحُ الأبعدِ يجوزُ إذا وقَعَ قبل عَقْدِ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٣٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٩٩/٣ بتصرف.

(٣) عبارة "الفتح": ((أو إذا لم يكن سلطان ولا قاضٍ لا يتوقف؛ لعدم...)).

(٤) المقولة [١١٨٥٣] قوله: ((إنْ لها مجيزٌ إلخ)).

(٥) "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحجر والمأذون ١٥٣/٢.

فإنْ لم يُدْرَ أو وَقَعا معاً بَطَلا.

(وللوليِّ الأبعدِ التَّزويجُ بغَيبةِ الأقربِ) فلو زَوَّجَ الأبعدُ..................

الأقرب، "بحر"[(١)]، أي: يجوزُ على أحدِ القولين، وفيه كلامٌ يأتي[(٢)] قريباً.

[١١٧١٤] (قولُهُ: فإنْ لم يُدْرَ) ينبغي أنَّها لو بَلَغَتْ وادَّعَتْ أنَّ أحدَهما هو الأوَّلُ يُقبَلُ؛ لِما في "الفتح"[(٣)]: ((ولو زَوَّجَها أبوها وهي بِكْرٌ بالغةٌ بأَمْرِها، وزَوَّجَتْ هي نفسَها من آخرَ فأيُّهما قالت: هو الأوَّلُ فالقولُ لها، وهو الزَّوجُ؛ لأنَّها أَقَرَّتْ بِمِلكِ النِّكاحِ له على نفسِها، وإقرارُها حُجَّةٌ تامَّةٌ عليها، وإنْ قالت: لا أدري الأوَّلَ ولا يُعلَمُ من غيرِها فُرِّقَ بينهما، وكذا لو زَوَّجَها وَلِيّان بأَمْرِها)) اهـ. ٣١٤/٢

[١١٧١٥] (قولُهُ: وللوليِّ الأبعدِ إلخ) المرادُ بالأبعدِ مَن يَلِي الغائبَ في القُربِ كما عَبَّرَ به في "كافي الحاكم"، وعليه فلو كان الغائبُ أباها ولها جَدٌّ وعمٌّ فالوَلايةُ للجَدِّ لا للعمِّ، قال في "الاختيار"[(٤)]: ((ولا تنتقلُ إلى السُّلطان؛ لأنَّ السُّلطان وليُّ مَن لا وليَّ له، وهذه لها أولياءُ؛ إذ الكلامُ فيه)) اهـ. ومثلُهُ في "الفتح"[(٥)] وغيرِه.

وبه عُلِمَ أنَّه ليس المرادُ بالأبعدِ هنا القاضيَ، وما في "الشُّرُنبلاليَّة"[(٦)]: ((مِن أنَّ المراد به القاضي دون غيره؛ لأنَّ هذا من بابِ دَفْعِ الظُّلم)) اهـ إنما قاله في المسألة الآتية، أي: مسألةِ

(قولُهُ: أي يجوزُ على أحد القَوْلين إلخ) فيه أنَّ الَّذي ذكره في "البحر" إنَّما هو تزويجُ الأبعدِ الحاضرِ، وهذا لا كلامَ في صحَّته، والقَوْلان بالصِّحَّة وعدمِها فيما لو زوَّجها الأقربُ حيثُ هو، لا فيما إذا زوَّجها الأبعدُ، فإنَّ زواجَهُ صحيحٌ قَوْلاً واحداً، إلاَّ أنَّه عند "زُفَر": الوِلايةُ باقيةٌ للأقرب بدون ثُبوتٍ للأبعد.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٢٨/٣.

(٢) المقولة [١١٧١٥] قوله: ((وللولي الأبعد إلخ)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٤/٣.

(٤) "الاختيار": كتاب النكاح ـ فصل: عبارة النساء ٩٧/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٤/٣.

(٦) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٣٣٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

حالَ قيامِ الأقربِ توقَّفَ على إجازتِهِ، ولو تَحَوَّلت الوَلاية إليه لم يَجُزْ إلاَّ بإجازتِهِ بعد التَّحوُّلِ، "قهستاني"[1] و"ظهيريَّة"[2] (مسافةَ القَصْرِ) واختارَ في "الملتقى"[3]: ((ما لم يَنتظِرِ الكفءُ الخاطبُ جوابَهُ))، واعتمَدَهُ "الباقانيُّ"، ونقَلَ "ابن الكمال": ((أنَّ عليه الفتوى))، وثمرةُ الخلافِ فيمن اختَفَى في المدينةِ.........................

عَضْلِ الأقربِ كما يأتي[4] بيانُهُ، ويدلُّ[5] عليه التَّعليل بدَفْعِ الظُّلم، فإنَّه لا ظلمَ في الغَيْبةِ بخلاف العَضْلِ، فالاعتراضُ على "الشُّرُنبلاليَّة"[6] بمخالفتها لإطلاق المتون ناشئٌ عن اشتباهِ إحدى المسألتين بالأخرى، فافهم.

[١١٧١٦] (قولُهُ: حالَ قيامِ الأقربِ) أي: حُضُورِهِ وهو مِن أهلِ الولاية، أمَّا لو كان صغيراً أو مجنوناً جاز نكاحُ الأبعدِ، "ذخيرة".

[١١٧١٧] (قولُهُ: توقَّفَ على إجازتِهِ) تقدَّمَ[7] أنَّ البالغةَ لو زَوَّجَتْ نفسَها غيرَ كفءٍ فللوليِّ الاعتراضُ ما لم يَرْضَ صريحاً أو دلالةً كقبضِ المهر ونحوِهِ، فلم يجعلوا سكوتَهُ إجازةً، والظَّاهرُ أنَّ سكوته هنا كذلك، فلا يكونُ سكوتُهُ إجازةً لنكاحِ الأبعد وإنْ كان حاضراً في مجلسِ العَقْدِ ما لم يَرْضَ صريحاً أو دلالةً، تأمَّل.

[١١٧١٨] (قولُهُ: ولو تحوَّلَت الوَلايةُ إليه) أي: إلى الأبعدِ بموت الأقربِ أو غَيبتِهِ غَيبةً مُنقطِعةً، "ط"[8].

[١١٧١٩] (قولُهُ: مسافةَ القَصْرِ إلخ) اختُلِفَ في حَدِّ الغَيبةِ، فاختار "المصنِّفُ" تبعاً

---

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ١/٢٨١ بتصرف.

(٢) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار ق٧٥/أ بتصرف.

(٣) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/٢٤٥.

(٤) المقولة [١١٧٢٣] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) من ((قاله)) إلى ((ويدل)) ساقط من "آ".

(٦) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/٣٣٨ (هامش "الدرر والغرر").

(٧) "در" صـ١٨٦ـ وما بعدها.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٤٠.

....

لـ "الكنز"(١): ((أنَّها مسافةُ القَصْر))، ونسَبَهُ في "الهداية"(٢) لبعضِ المتأخِّرين [٣/ق٦٥/أ] و"الزَّيلعيُّ"(٣) لأكثرِهم، قال: ((وعليه الفتوى)) اهـ.

وقال في "الذَّخيرة": ((الأصحُّ أنَّه إذا كان في موضعٍ لو انتُظِرَ حضورُهُ أو استطلاعُ رأيِهِ فاتَ الكفءُ الذي حضَرَ فالغَيبةُ مُنقطِعةٌ، وإليه أشار في "الكتاب")) اهـ.

وفي "البحر"(٤) عن "المجتبى" و"المبسوط"(٥): ((أنَّه الأصحُّ، وفي "النِّهاية": واختارَهُ أكثرُ المشايخ، وصحَّحَهُ "ابن الفضل"، وفي "الهداية"(٦): أنَّه أقربُ إلى الفقهِ، وفي "الفتح"(٧): أنَّه الأشبهُ بالفقهِ، وأنَّه لا تَعارُضَ بين أكثرِ المتأخِّرين وأكثرِ المشايخ))، أي: لأنَّ المرادَ من المشايخ المتقدِّمون، وفي "شرح الملتقى"(٨) عن "الحقائق"(٩): ((أنَّه أصحُّ الأقاويلِ، وعليه الفتوى)) اهـ. وعليه مشى في "الاختيار"(١٠) و"النِّقاية"(١١)، ويشيرُ كلامُ "النَّهر"(١٢) إلى اختيارِهِ، وفي "البحر"(١٣): ((والأحسنُ الإفتاءُ بما عليه أكثرُ المشايخ)).

---

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الأولياء ١/١٤٧.
(٢) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/٢٠٠.
(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/١٢٧.
(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٥.
(٥) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الصغير والصغيرة ٤/٢٢٢.
(٦) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/٢٠٠.
(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٥.
(٨) انظر "مجمع الأنهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/٣٣٩.
(٩) لم نعثر على المسألة في مخطوطة "حقائق المنظومة النسفية" التي بين أيدينا بعد طول بحث.
(١٠) "الاختيار": كتاب النكاح ـ فصل: عبارة النساء ٣/٩٦.
(١١) انظر "شرح النقاية": كتاب النكاح ـ فصل في الأولياء والأكفاء ١/٥٧٢.
(١٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/ب.
(١٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٥.

هل تكونُ غَيبةً منقطعةً؟

(ولو زَوَّجَها الأقربُ حيث هو جازَ) النِّكاحُ (على) القولِ[1](الظَّاهرِ) "ظهيريَّة"[2]..

[١١٧٢٠] (قولُهُ: هل تكونُ غَيْبةً مُنقطِعةً؟) أي: فعلى الأوَّلِ لا، وعلى الثَّاني نعم؛ لأنَّه لم يَعتبِرْ مسافةَ السَّفر.

قلت: لكنْ فيه أنَّ الثَّانيَ اعتبَرَ فواتَ الكفءِ الذي حضَرَ، فينبغي أنْ يُنظَرَ هنا إلى الكفءِ: إنْ رَضِيَ بالانتظارِ مُدَّةً يُرجَى فيها ظُهورُ الأقربِ المختفي لم يَجُزْ نكاحُ الأبعدِ، وإلاَّ جاز، ولعلَّه بَناهُ على أنَّ الغالب عدمُ الانتظار، تأمَّل.

[١١٧٢١] (قولُهُ: جازَ على الظَّاهرِ) أي: بناءً على أنَّ وَلايةَ الأقربِ باقيةٌ مع الغَيبةِ، وذكَرَ في "البدائع"[3] اختلافَ المشايخ فيه، وذكَرَ: ((أنَّ الأصحَّ القولُ بزَوَالِها وانتقالِها للأبعدِ))، قال في "المعراج": ((وفي "المحيط": لا روايةَ فيه، وينبغي أنْ لا يجوزَ لانقطاعِ وَلايتِهِ، وفي "المبسوط"[4]: لا يجوزُ، ولَئِنْ سُلِّمَ فلأنَّها انتَفَعَتْ برأيِهِ، ولكنَّ هذه منفعةٌ حصَلَتْ لها اتِّفاقاً، فلا يُبنَى الحكمُ عليها)) اهـ.

وكذا ذكَرَ في "الهداية"[5] المنعَ ثمَّ التَّسليمَ بقوله[6]: ((ولو سُلِّمَ))، قال في "الفتح"[7]:

(قولُهُ: وكذا ذكَرَ في "الهداية" المَنْعَ ثمَّ التَّسليمَ إلخ) وذلك أنَّه ذكر في "الهداية": ((أنَّ "زُفَر" قال: لا يجوزُ يعني: تزويجَ الأبعدِ؛ لأنَّ وِلايةَ الأقرب قائمةٌ؛ لأنَّها تثبتُ حقّاً له صيانةً للقرابة فلا تبطُلُ بغَيْبته، ولهذا لو

---

(١) ((القول)) ليست في "د".

(٢) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث في معرفة الأولياء ونكاح الصغار ق٧٥/أ بتصرف.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢/٢٥٠.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الصغير والصغيرة ٤/٢٢١.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١/٢٠٠.

(٦) من ((فلا يبنى)) إلى ((بقوله)) ساقط من "آ".

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٤.

(ويثبتُ للأبعدِ) مِن أولياءِ النَّسبِ، "شرح وهبانيَّـة"[١]. لكـنْ في "القهستانيِّ" عـن "الغياث"[٢]: ((لو لم يُزوِّجِ الأقربُ زَوَّجَ القاضي........................

((وهذا تَنَزُّلٌ))، وأيَّدَ "الزَّيلعيُّ"[٣] المنعَ من حيث الرِّوايةُ والمعقولُ، وكذا في "البدائع"[٤].

وبه عُلِمَ أنَّ قوله: ((على الظَّاهر)) ليس المرادُ به ظاهرَ الرِّوايةِ؛ لِما علمتَ مـن أنَّـه لا روايـةَ فيه، وإنما هو استظهارٌ لأحدِ القولين، وقد علمتَ ما فيه من تصحيحِ خلافِهِ ومنعِهِ في أكثرِ الكتب.

أقـول: ويُؤخَـذُ مـن هـذا بـالأَولى أنَّ الوليَّـين لـو كانـا في درجـةٍ واحـدةٍ كـأخوين غـابَ أحدُهما، فزَوَّجَ في مكانِهِ لا يصحُّ؛ لأنَّه إذا لم يصحَّ تزويجُ الأقـربِ الغـائبِ مـع حضـورِ الأبعـدِ فعدمُ صحَّة العَقْدِ من الغائب مع حُضُورِ المساوي له في الدَّرجة بالأَولى[٥]، فتأمَّل.

[١١٧٢٢] (قولُهُ: مِن أولياءِ النَّسَبِ) احترازٌ عن القاضي.

[١١٧٢٣] (قولُـهُ: لكـنْ في "القهسـتانيِّ"[٦] إلخ) اسـتدراكٌ [٣/ق٦٥/ب] علـى مـا في "شـرح الوهبانيَّة"[٧]، فإنَّه لم يَستنِدْ فيه إلى نقلٍ صريحٍ، وهذا منقولٌ، وقد أيَّدَهُ أيضاً العلاَّمةُ "الشُّرُنبلاليُّ"

زوَّجها حيثُ هو جازَ، ولا وِلايةَ للأبعد مع وِلايته، ولنا أنَّ هذه وِلايةٌ نظريَّةٌ، وليس من النَّظـر التَّفويـضُ لمـن لا يُنتَفعُ برأيه ففوَّضناه إلى الأبعد وهو مُقدَّمٌ على السُّلْطان، كما إذا مات الأقربُ، ولو زوَّجها حيث هـو فيـه مَنْعٌ يعني: يمنعُ صحَّةَ تزويجه، وبعد التَّسليم نقولُ: للأبعد بُعْدُ القرابة وقُرْبُ التَّدبـير، وللأقـرب عكسُـهُ، فـنُزِّلا منزلةَ وليَّيْن مُتساوِيَيْن فأيُّهما عقَدَ نفَذَ، ولا يُردُّ)) اهـ. وبهذا تتَّضحُ عبارةُ "المبسوط".

---

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ق٧٥/أ.

(٢) في "ط" وب": ((الغياثيّ)).

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/١٢٧.

(٤) "البدائع": كتاب االنكاح ـ فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢/٢٥١.

(٥) في "ب": ((الأولى)) بلا باء.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ١/٢٨١ نقلاً عن "غياث المفتين".

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق٧٤/ب.

....

في رسالةٍ سَمَّاها "كشف المُعضِل فيمَنْ عُضِل"[(١)]: ((بأنَّه ذكَرَ في "أنفع الوسائل" عن "المنتقى": إذا كان للصَّغيرة أبٌ امتنَعَ عن تزويجها لا تنتقلُ الوَلايةُ إلى الجَدِّ، بل يُزوِّجُها القاضي، ونقَلَ مثلَهُ "ابنُ الشِّحنة"[(٢)] عن "الغاية" عن "روضة النَّاطفيِّ"، وكذا "المقدسيُّ" عن "الغايةِ"، و"النَّهر"[(٣)] عن "المحيط"، و"الفيضُ" عن "المنتقى"، وأشار إليه "الزَّيلعيُّ"[(٤)]، حيث قال في مسألة تزويجِ الأبعدِ بغَيبةِ الأقرب: وقال "الشَّافعيُّ": بل يُزوِّجُها الحاكمُ اعتباراً بعَضْلِهِ، وكذا قال في "البدائع"[(٥)]: إنَّ نقل الوَلايةِ إلى السُّلطانِ ـ أي: حالَ غَيبةِ الأقرب ـ باطلٌ؛ لأنَه وليُّ مَن لا وليَّ له، وههنا لها وليٌّ أو وليّان، فلا تَثبُتُ الوَلايةُ للسُّلطان إلاَّ عند العَضْلِ من الوليِّ ولم يُوجَد، وكذا فَرَّقَ في "التَّسهيل"[(٦)] بين الغَيبةِ والعَضْلِ: بأنَّ العاضلَ ظالِمٌ بالامتناع، فقامَ السُّلطانُ مَقامَهُ في دفع الظُّلم، بخلاف الغائب خصوصاً للحَجِّ، ونحوُهُ في "شرح المجمع الملكيِّ"، وبه أفتى العلاَّمةُ "ابن الشِّلْبي"، فهذه النُّقولُ تفيدُ الاتِّفاقَ عندنا على ثبوتِها بعَضْلِ الأقربِ للقاضي فقط، وأمَّا ما في "الخلاصة"[(٧)] و"البزَّازيَّة"[(٨)]: من أنَّها تنتقلُ إلى الأبعدِ بعَضْلِ الأقربِ إجماعاً فالمرادُ بالأبعدِ القاضي؛ لأنه آخرُ الأولياء، فالتَّفضيل على بابه. وحمَلَهُ في "البحر"[(٩)] على الأبعدِ من الأولياء، ٢/٣١٥

---

(١) لأبي الإخلاص حسن بن عمار الوفائي الشرنبلالي المصري، (ت١٠٦٩هـ). ("خلاصة الأثر" ٢/٣٨، "التعليقات السنية" صـ٥٨ـ، "هدية العارفين" ١/٢٩٢، ووقع فيه: (("كشف المعضل فيمن عقل"))، وهو تحريفٌ).

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق٧٤/ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٢/١٢٧.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جوازالنكاح ونفاذه ـ فصل: وأما شرط التقدم فشيئان ٢/٢٥١ بتصرف.

(٦) لعلَّه "تسهيل مرقاة الوصول إلى علم الأصول": للمولى عثمان بن عبد الله الكليبولي الرومي الحنفي، (ت١٠٣٦هـ)، والله أعلم. ("إيضاح المكنون" ١/٢٨٨).

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق٧٨/ب.

(٨) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن في نكاح الصغار ٤/١٢١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٣٦.

عندَ فوتِ الكفءِ)) (التَّزْويجُ بعَضْلِ الأقربِ) أي: بامتناعِهِ عن التَّزويجِ إجماعاً، "خلاصة"(١)..

ثمَّ ناقَضَ نفسَهُ بعد سطرين بقوله: قالوا: وإذا خطَبَها كفءٌ وعضَلَها الوليُّ تَثبُتُ الوَلايةُ للقاضي نيابةً عن العاضلِ، فله التَّزويجُ وإنْ لم يكن في مَنشُورِهِ)) اهـ. هذا خلاصةُ ما في الرِّسالة.

ثمَّ ذكَرَ فيها عن "شرح المنظومة الوهبانيَّة"(٢) عن "المنتقى" ثُبوتَ الخيارِ لها بالبلوغ إذا زَوَّجَها القاضي بعَضْلِ الأقربِ، وعن "المجرَّد" عدمَ ثُبوتِهِ، والأوَّلُ على أنَّ تزويجه بطريقِ الوَلايــة، والثَّاني على أنَّه بطريقِ النِّيابة عن العاضل، ورجَّحَهُ "الشُّرُنبلاليُّ" دفعاً للتَّعارُضِ في كلامهم.

قلت: ويُؤيِّدُهُ ما مَرَّ(٣) عن "التَّسهيل"، وكذا قولُهم: فله التَّزويجُ وإنْ لم يكن في مَنشُورِهِ، ويجبُ حَمْلُ ما في "المجرَّد" على ما إذا كان العاضلُ الأبَ أو الجَدَّ؛ لثُبوتِ الخيار لها عند تزويج غيرهما، فكذا عند تزويجِ القاضي نيابةً عنه.

[١١٧٢٤] (قولُهُ: عندَ فَوْتِ الكفءِ) [٣/ق٦٦/أ] أي: خوفِ فَوْتِهِ.

[١١٧٢٥] (قولُهُ: أي: بامتناعِهِ عن التَّزويجِ) أي: من كفءٍ بمهر المثل، أمَّا لو امتنَعَ عن غيرِ الكفءِ أو لكون المهر أقلَّ من مهرِ المثل فليس بعاضلٍ(٤)، "ط"(٥). وإذا امتنَعَ عن تزويجِها من هذا الخاطب الكفءِ ليُزوِّجَها من كفءٍ غيرِهِ استظهَرَ في "البحر"(٦): ((أنَّه يكونُ عاضلاً))،

(قولُهُ: والثَّاني على أنَّه بطريق النِّيابة عن العاضِلِ إلخ) انظر ما تقدَّم كتابتُهُ عند قول "المُحشِّي": ((إنَّ تزويجَ القاضي نيابةً عنه فليس لها الخِيارُ))

---

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن في نكاح الصغير والصغيرة ق٧٨/ب.

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": كتاب النكاح ق٧٤/ب.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) عبارة "ط": ((فإنها لا تنتقل)) بدل ((ليس بعاضل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/ ٤٠ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/ ١٣٦.

(ولا يبطُلُ تزويجُهُ) السَّابقُ (بعَوْدِ الأقربِ) لحصولِهِ بوَلاية تامَّةٍ.

(ووليُّ المجنونةِ) والمجنونِ ولو عارضاً (في النِّكاحِ) أمَّا التّصرُّفُ في المالِ فللأبِ اتّفاقاً (ابنُها) وإنْ سفَلَ...

قال: ((ولم أرَهُ))، وتَبعَهُ "المقدسيُّ" و"الشُّرُنبلاليُّ"، واعترضَهُ "الرَّمليُّ": ((بأنَّ الوَلايةَ بالعَضْلِ تنتقلُ إلى القاضي نيابةً لدَفْعِ الإضرارِ بها، ولا يوجدُ مع إرادةِ التَّزويجِ بكفءٍ غيرِهِ)) اهـ.

قلت: وفيه نظرٌ؛ لأنَّه متى حضرَ الكفءُ الخاطبُ لا يُنتظَرُ غيرُهُ خوفاً من فَوْتِهِ، ولذا تنتقلُ الوَلايةُ إلى الأبعدِ عند غَيبةِ الأقربِ كما مرَّ[1]، نعم لو كان الكفءُ الآخرُ حاضراً أيضاً، وامتنَعَ الوليُّ الأقربُ من تزويجِها من الكفءِ الأوَّلِ لا يكونُ عاضلاً؛ لأنَّ الظَّاهر من شَفَقتِهِ على الصَّغيرة أنَّه اختارَ لها الأنفعَ لتفاوُتِ الأكفاءِ أخلاقاً وأوصافاً، فيتعيَّنُ العملُ بهذا التَّفصيل، والله أعلم.

[١١٧٢٦] (قولُهُ: ولا يَبطُلُ تزويجُهُ) يعني: تزويجَ الأبعدِ حالَ غَيبةِ الأقرب. وكان الأَولى ذكرَ هذه الجملةِ بعد قوله: ((وللوليِّ الأبعدِ التَّزويجُ بغَيبةِ الأقرب))، "ط"[2].

[١١٧٢٧] (قولُهُ: السَّابقُ) أي: المتحقِّقُ سَبْقُهُ احترازاً عمَّا لو زَوَّجَها الغائبُ الأقربُ قبلَ الحاضرِ الأبعدِ، فإنَّه يلغو المتأخِّرُ، وعمَّا لو جُهِلَ التَّاريخُ، فإنَّه يَبطُلُ كلٌّ منهما بناءً على بقاءِ وَلايةِ الغائب، أمَّا على ما قدَّمناه[3] من انقطاعِ وَلايتِهِ فالعبرةُ لعَقْدِ الحاضرِ مطلقاً.

[١١٧٢٨] (قولُهُ: ووليُّ المجنونةِ والمجنونِ) أي: جُنوناً مُطبِقاً، وهو شهرٌ كما مرَّ[4]، وتقدَّمَ[5] أيضاً أنَّ المعتوهَ كذلك.

[١١٧٢٩] (قولُهُ: ولو عارضاً) أي: ولو كانَ جُنونُهما عارضاً بعد البلوغ خلافاً لـ"زفر".

[١١٧٣٠] (قولُهُ: اتّفاقاً) أي: بخلافِ الوَلاية في النِّكاح، ففيها خلافُ "محمَّدٍ"، فهي عنده

---

(١) "در" صـ٢٧٤ـ.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٤٠.

(٣) المقولة [١١٧٢١] قوله: ((جاز على الظاهر)).

(٤) "در" صـ٢٢٤ـ.

(٥) "در" صـ٢٢٤ـ.

(دون أبيها) كما مَرَّ[1]، والأَولى أنْ يأمرَ الأبَ[2] به ليصحَّ اتّفاقاً.

(ولو أقَرَّ وليُّ صغيرٍ أو صغيرةٍ أو) أقَرَّ (وكيلُ رجلٍ أو امرأةٍ أو مولى العبدِ بالنِّكاحِ لم يَنفُذ) لأنَّه إقرارٌ على الغيرِ..........................

للأبِ أيضاً، وعندهما للابن.

[١١٧٣١] (قولُهُ: دونَ أبيها) أي: أو جَدِّها، والمرادُ أنَّه إذا اجتمَعَ في المجنونةِ أبوها أو جَدُّها مع ابنها فالوَلايةُ للابن عندهما دون الأبِ أو الجَدِّ كما في "الفتح"[3]، وكذا لباقي العَصَباتِ تزويجُها على التَّرتيبِ المارِّ فيهم كما قدَّمناه[4] عن "الفتح".

[١١٧٣٢] (قولُهُ: ولو أَقَرَّ إلخ) قال "الحاكم الشَّهيد" في "الكافي" الجامع لكتب "ظاهر الرِّواية": ((وإذا أَقَرَّ الأبُ أو غيرُهُ من الأولياءِ على الصَّغيرِ أو الصَّغيرةِ بالنِّكاح أمسِ لم يُصدَّقْ على ذلك إلاَّ بشهودٍ أو تصديقٍ منهما بعد الإدراك [٣/ق٦٦/ب] في قول "أبي حنيفة"، وكذلك إقرارُ المولى على عبدِهِ، وأمَّا إقرارُهُ على أَمَتِهِ بمثلِ ذلك فجائزٌ مقبولٌ، وقال "أبو يوسف" و"محمَّدٌ": الإقرارُ من هؤلاء في جميع ذلك جائزٌ، وكذلك إقرارُ الوكيل على مُوكِّلِهِ على هذا الاختلاف)) اهـ.

ونقَلَ في "الفتح"[5] عن "المصفَّى" عن أستاذه الشَّيخ "حميدِ الدِّين": ((أنَّ الخلاف فيما إذا أقَرَّ الوليُّ في صِغَرِهما[6]))، وإليه أشار في "المبسوط" وغيره، قال[7]: ((وهو الصَّحيحُ))،

---

(١) "در" صـ٢٥٩ـ.

(٢) قال "ط" ٤١/٢: قوله: ((والأولى أن يأمر الأبَ إلخ، أي: يأمر الابنُ الأبَ، وذلك رعاية لتعظيم الأب لا للاحتراز عن أن يأمر الأبُ الابنَ؛ فإنَّه صحيح أيضاً اتفاقاً، أفاده العلامة "أبو السعود")).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٥/٣.

(٤) المقولة [١١٦٨٠] قوله: ((فيقدم ابن المجنونة على أبيها)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣.

(٦) في "د" زيادة: ((فإنَّ إقراره موقوفٌ على بلوغهما، فإذا بلغا وصدَّقاه، ينفذُ إقراره وإلاَّ يبطل، وعندهما ينفذ في الحال)). ق١٥٥/أ.

(٧) أي: في "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الصغير والصغيرة ٢٢٥/٤.

بخلافِ مولى الأمةِ، حيث ينفُذُ إجماعاً؛ لأنَّ منافعَ بُضْعِها مِلْكُهُ (إلاَّ أنْ يَشْهَدَ الشُّهودُ على النِّكاحِ) بأنْ يَنصِبَ القاضي خصماً عن الصَّغيرِ حتَّى يُنكِرَ فتُقامَ البيِّنةُ عليه (أو يُدرِكَ الصَّغيرُ أو الصَّغيرةُ فيُصدِّقَهُ) أي: الوليَّ المقِرَّ (أو يُصدِّقَ الموكِّلُ أو العبدُ) عند "أبي حنيفة"، وقالا: يُصدَّقُ في ذلك،..........

وقيل: فيما إذا بَلَغا وأنكرا فأقرَّ الوليُّ، أمَّا لو أقرَّ في صِغَرِهما يصحُّ اتِّفاقاً، واستظهَرَهُ في "الفتح"[1]، وقد علمتَ أنَّ الأوَّلَ ظاهرُ الرِّواية وأنَّه الصَّحيحُ.

[١١٧٣٣] (قولُهُ: بخلافِ مَوْلى الأَمَةِ) أي: إذا ادَّعَى رجلٌ نكاحَها، فأقرَّ له مولاها يُقضَى به بلا بيِّنةٍ وتصديقٍ، "درر"[2]، أي: لو عَتَقَتْ لا يحتاجُ إلى تصديقِها، ومقتضى تعليل "الشَّارح" أنَّه لا يصحُّ إقرارُهُ عليها بعد العتق.

[١١٧٣٤] (قولُهُ: بأنْ يَنصِبَ القاضي إلخ) أي: لأنَّ الأب مُقِرٌّ، والصَّغيرُ لا يصحُّ إنكارُهُ، ولا بدَّ في الدَّعوى من خصمٍ، فيَنصِبُ عنه خصماً حتَّى يُنكِرَ فتُقامَ عليه البيِّنةُ، فيَثْبُتُ النِّكاحُ على الصَّغير، أفادَهُ في "الفتح"[3].

[١١٧٣٥] (قولُهُ: أي: الوليَّ المُقِرَّ) بالنَّصب تفسيراً للضمير المنصوب.

[١١٧٣٦] (قولُهُ: أو يُصدِّقَ) بالنَّصب عطفاً على ((يُدرِكَ))، وقولُهُ: ((الموكِّلُ أو العبدُ)) مرفوعان على الفاعليَّة والمفعولُ محذوفٌ، أي: يُصدِّقَ الموكِّلُ الوكيلَ أو العبدُ المَوْلى.

[١١٧٣٧] (قولُهُ: وقالا: يُصدَّقُ في ذلك) أي: يُصدَّقُ المُقِرُّ في جميعِ فروعِ هذه المسألة السَّابقة مثل إقرار المَوْلى على أَمَتِهِ كما سمعتَ التَّصريحَ به في عبارة "الكافي"، ومثلُهُ

(قولُ "المُصنِّف": إلاَّ أنْ يَشهدَ الشُّهودُ إلخ) لكن سيأتي في الوكالة عن "الغاية": ((أنَّ الوكيلَ بالنِّكاح إذا أقرَّ به بحضرة الشُّهود نفَذَ إقرارُه، لا بغير حَضْرتهم، وكذلك في وليِّ الصَّغير والصَّغيرة ومَوْلى العبد)) اهـ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٣.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/٣٣٩.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٣.

وهذه المسألةُ مُخرَجةٌ من قولهم: مَن ملَكَ الإنشاءَ ملَكَ الإقرارَ به، ولها نظائرُ.....

في "البدائع"[(١)]، فافهم.

[١١٧٣٨] (قولُهُ: وهذه المسألةُ) أي: مسألةُ عدمِ قبول الإقرار من وليِّ الصَّغير أو الصَّغيرةِ ومن الوكيلِ ومَوْلى العبدِ ((مُخرَجةٌ)) ـ أي: مُستثناةٌ ـ على قول "الإمام" من قاعدةِ: مَن ملَكَ إنشاءَ عَقْدٍ ملَكَ الإقرارَ به، كالمولى[(٢)] إذا أقَرَّ بالفيءِ في مدَّةِ الإيلاء وزوجِ المعتدَّةِ إذا قال في العِدَّة: راجعتُكِ، وهو وجهُ قولهما بالقبول هنا كما في إقرارِهِ بتزويجِ أَمَتِهِ، ووجهُ قولِ "الإمام" حديثُ: ((لا نكاحَ إلاَّ بشهودٍ))[(٣)]، وأنَّه إقرارٌ على الغيرِ فيما لا يَملِكُهُ، وتمامه في "البدائع"[(٤)]. وعلى ما استظهَرَهُ في "الفتح"[(٥)] في مسألةِ الصَّغيرين فهي داخلةٌ في مفهوم القاعدة على قول "الإمام"؛ لأنَّه لا يَملِكُ الإنشاءَ حالَ بلوغِهما، فلا يَملِكُ الإقرارَ، وعلى [٣/ق٦٧/أ] قولهما تكونُ خارجةً عن القاعدة . ٣١٦/٢

[١١٧٣٩] (قولُهُ: ملَكَ الإقرارَ به) الأَولى حذفُ ((به)) لعدمِ مَرجِعِ الضَّمير وإنْ عُلِمَ من المقام؛ لأنَّ المعنى: مَن ملَكَ إنشاءَ شيءٍ ملَكَ الإقرارَ به، "ط"[(٦)].

[١١٧٤٠] (قولُهُ: ولها نظائرُ) كإقرارِ الوصيِّ بالاستدانةِ على اليتيم، لا يصحُّ وإنْ ملَكَ إنشاءَ الاستدانة، "بحر"[(٧)] عن "المبسوط"[(٨)]. وكما لو وكَّلَهُ بعتقِ عبدٍ بعينه، فقال الوكيل: أعتقتُهُ أمسِ وقد وكَّلَهُ

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جوازالنكاح ونفاذه ـ فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢/٢٤٦.

(٢) في "د" زيادة: ((كالوصيِّ والرَّاجع والوكيل بالبيع، كذا في "الجامع الصغير" للصدر الشهيد)). ق١٥٨/أ.

(٣) أورده "الزيلعي" في "نصب الراية" ٣/١٦٧، وقال: غريب بهذا اللفظ.

وأخرج الدارقطني ٣/٢٢٠ من حديث ابن عباس بنحوه، ولفظه: ((لا نكاح إلاَّ بوليٍّ وشاهدي عدل))، والطبراني في "الأوسط" ٤/٤٧٣ ولفظه: ((لا يجوز نكاح إلا بولي وشاهدين))، وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٤/٢٨٦ كتاب النكاح ـ باب ما جاء في الولي والشهود، وعزاه إلى الطبراني في "الكبير". وفي الباب عن أبي موسى، وجابر، وأبي هريرة، وعائشة، وعمران بن الحصين رضي الله عنهم.

(٤) انظر "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جوازالنكاح ونفاذه ـ فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس التصرف ٢/٢٤٦.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٨٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٤١.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ٣/١٢٧ بتصرف.

(٨) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الصغير والصغيرة ٤/٢٢٦ بتصرف.

(فرعٌ) هل لوليِّ مجنونٍ ومعتوهٍ تزويجُهُ أكثرَ مِن واحدةٍ؟ لم أرَهُ، ومنَعَهُ "الشَّافعيُّ"، وجوَّزَهُ في الصبيِّ للحاجةِ.

قبلَ الأمسِ لا يُصدَّقُ بلا بيِّنةٍ، وتمامُهُ في "حواشي الأشباه" لـ"الحمويِّ"[1] من الإقرار.

[١١٧٤١] (قولُهُ: هل لوليِّ مجنونٍ إلخ) البحثُ لصاحب "النَّهر"[2]، والظَّاهرُ أنَّ الصَّبيَّ في حكمِ مَن ذُكِرَ، "ط"[3].

[١١٧٤٢] (قولُهُ: ومنَعَهُ "الشَّافعيُّ") لاندفاعِ الضَّرورةِ بالواحدة، "نهر"[4].

[١١٧٤٣] (قولُهُ: وجَوَّزَهُ) أي: تزويجَ أكثرَ من واحدةٍ.

---

(١) انظر "غمز عيون البصائر": كتاب الإقرار ٣/٤٥ بتصرف يسير.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/ب.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الولي ٢/٤١.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ق١٧٣/ب.

﴿بابُ الكفاءة﴾

مِن كافَأَهُ إذا ساواه، والمرادُ هنا مساواةٌ مخصوصةٌ، أو كونُ المرأةِ أدنى.
(الكفاءةُ معتبرةٌ)..

﴿بابُ الكفاءة﴾

لَمَّا كانت شرطَ اللُّزومِ على الوليِّ إذا عَقَدَت المرأةُ بنفسِها ـ حتَّى كان له الفسخُ عند عدمِها ـ كانَتْ فرعَ وجودِ الوليِّ، وهو[1] بثبوتِ الولايةِ، فقَدَّمَ بيانَ الأولياء ومَن تَثبُتُ له، ثُمَّ أعقَبَهُ فصلَ الكفاءة، "فتح"[2].

[١١٧٤٤] (قولُهُ: أو كَوْنُ المرأةِ أَدْنَى) اعتَرَضَهُ "الخيرُ الرَّمليُّ" بما مُلخَّصُهُ: ((أنَّ كون المرأة أدنى ليس بكفاءةٍ، غيرَ أنَّ الكفاءة من جانبِ المرأة غيرُ مُعتبرةٍ)).

[١١٧٤٥] (قولُهُ: الكفاءةُ مُعتبَرةٌ) قالوا: معناه: مُعتبَرةٌ في اللُّزومِ على الأولياء، حتَّى إنَّ عند عدمها جازَ للوليِّ الفسخُ. اهـ "فتح"[3].

وهذا بناءً على ظاهرِ الرِّواية من أنَّ العَقْدَ صحيحٌ وللوليِّ الاعتراضُ، أمَّا على روايةِ "الحسن" المختارةِ للفتوى من أنَّه لا يصحُّ فالمعنى: مُعتبَرةٌ في الصِّحَّة، وكذا لو كانت الزَّوجةُ صغيرةً والعاقدُ غيرَ الأب والجدِّ، فقد مَرَّ[4] أنَّ العَقْدَ لا يصحُّ.

﴿بابُ الكفاءة﴾

(قولُهُ: اعترَضهُ "الخيرُ الرَّمليُّ" بما مُلخَّصُه إلخ) فيه أنَّ ما ذكره "الشَّارح" هو معنى الكفاءة في اصطلاح الفُقَهاء، وكونُها لا تُعتبرُ في جانب المرأة ـ بمعنى: أنَّه لا يُشترطُ للزوم النِّكاح أن تكونَ المرأةُ كُفْوًا له في الأشياء المخصوصة ـ لا ينافي أنَّه يُطلَقُ عليها أنَّها كُفءٌ له في اصطلاحهم حتَّى لا يكونُ لأوليائه طلبُ التَّفريق.

---

(١) في "آ": ((وهي)).
(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٨٥.
(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٨٥.
(٤) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفو)).

في ابتداءِ النِّكاحِ لِلُزُومِهِ أو لصحَّتِهِ (مِن جانبِهِ) أي: الرَّجُلِ؛ لأنَّ الشَّريفة تأبى أنْ تكونَ فراشاً للدَّنيءِ، ولذا (لا) تُعتبَرُ (مِن جانبِها) لأنَّ الزَّوج مُستفرِشٌ، فلا تُغطِّيه دناءةُ الفِراشِ، وهذا عند الكلِّ في الصَّحيح كما في "الخبَّازيَّة"،..............

[١١٧٤٦] (قولُهُ: في ابتداءِ النِّكاح) يُغني عنه قولُ "المصنِّف" الآتي[1]: ((واعتبارُها عندَ ابتداء العَقْد إلخ))، وكأنَّه أشار إلى أنَّ الأَولى ذكرُهُ هنا.

[١١٧٤٧] (قولُهُ: لِلُزُومِهِ أو لصحَّتِهِ) الأوَّلُ بناءً على ظاهرِ الرِّواية، والثَّاني على رواية "الحسن"، وقدَّمنا[2] أوَّلَ الباب السَّابق اختلافَ الإفتاءِ فيهما وأنَّ رواية "الحسن" أحوطُ.

[١١٧٤٨] (قولُهُ: من جانبِهِ إلخ) أي: يُعتبَرُ أنْ يكونَ الرَّجلُ مُكافئاً لها في الأوصافِ الآتيةِ، بأنْ لا يكونَ دونها فيها، ولا تُعتبَرُ من جانبِها بأنْ تكونَ مُكافئةً له فيها، بل يجوزُ أنْ تكون دونه فيها.

[١١٧٤٩] (قولُهُ: ولذا لا تُعتبَرُ) تعليلٌ للمفهوم، وهو أنَّ الشَّريف [٣/ق٦٧/ب] لا يأبى أنْ يكونَ مُستفرِشاً للدَّنيَّةِ كالأَمَةِ والكتابيَّة؛ لأنَّ ذلك لا يُعَدُّ عاراً في حقِّه بل في حقِّها؛ لأنَّ النِّكاح رِقٌّ للمرأة والزَّوجُ مالكٌ[3].

(تنبيهٌ)

تقدَّمَ[4] أنَّ غير الأبِ والجدِّ لو زوَّجَ الصَّغيرَ أو الصَّغيرةَ غيرَ كفءٍ لا يصحُّ، ومقتضاه

(قولُهُ: تعليلٌ للمفهوم إلخ) الأَولى التعبيرُ بالباء؛ فإنَّ مدخولَ اللاَّم هو العلَّةُ، وإرجاعُهُ لِما تقدَّم لا يصحُّ فيكونُ راجعاً لمفهومه، والمعلَّلُ هو عدمُ الاعتبار من جانبها، تأمَّل. وحينئذٍ يكونُ قولُه: ((لأنَّ الزَّوجَ إلخ)) تعليلاً للعلَّة.

---

(١) "در" صـ٣١٢ـ.

(٢) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً))، والمقولة [١١٥٠٢] قوله: ((وهو المختار للفتوى)).

(٣) ليس المقصودُ ـ بكلام ابن عابدين رحمه الله: ((لأن النكاح رقٌّ للمرأة)) ـ الاستعبادَ؛ فليس هذا من تعاليم الإسلام في شيء، بل المقصود أنَّ الزوج هو الذي يملك البضع والاستمتاع بدليل قوله بعده: ((والزوج مالك))، والله أعلم.

(٤) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفؤ)).

لكنْ في "الظَّهيريَّة"(١) وغيرها: ((هذا عنده، وعندهما تُعتبَرُ في جانبِها أيضاً)).....

أنَّ الكفاءة للزَّوجِ مُعتبَرةٌ أيضاً، وقدَّمنا(٢) أنَّ هذا في الزَّوجِ الصَّغيرِ؛ لأنَّ ذلـك ضـررٌ عليـه، فمـا هنا محمولٌ على الكبير(٣)، ويشيرُ إليه ما قدَّمناه(٤) آنفاً عن "الفتح": ((من أنَّ معنى اعتبارِ الكفاءةِ اعتبارُها في اللُّزومِ على الأولياء إلخ))، فإنَّ حاصلَهُ أنَّ المـرأة إذا زَوَّجَـتْ نفسَـها مـن كـفءٍ لَـزِمَ على الأولياء، وإنْ زَوَّجَتْ من غيرِ كـفءٍ لا يَلزَمُ أو لا يصـحُّ بخـلاف جـانب الرَّجُـلِ، فإنَّـه إذا تَزَوَّجَ بنفسِهِ مُكافئةً له أو لا فإنَّه صحيحٌ لازمٌ، وقال "القهستانيُّ"(٥): ((الكفـاءةُ لغـةً: المسـاواةُ. وشرعاً: مساواةُ الرَّجُلِ للمرأة في الأمورِ الآتية، وفيه إشعارٌ بـأنَّ نكـاح الشَّريف الوضيعـةَ لازمٌ، فلا اعتراضَ للوليِّ بخلاف العكس)) اهـ.

فقد أفادَ أنَّ لُزُومَهُ في جانب الزَّوجِ إذا زَوَّجَ نفسَهُ كبيراً لا إذا زَوَّجَهُ الـوليُّ صغيراً، كمـا أنَّ الكلام في الزَّوجة إذا زَوَّجَتْ نفسَها كبيرةً، فثبَتَ اعتبـارُ الكفـاءةِ مـن الجـانبين في الصَّغيرين عند عدم الأبِ والجدِّ كما حرَّرناه فيما تقدَّمَ(٦)، والله تعالى أعلم.

[١١٧٥٠] (قولُهُ: لكنْ في "الظَّهيريَّـة" إلخ) لا وجـهَ للاستدراكِ بعـد ذكـرِهِ الصَّحيحَ، فإنَّـه حيث ذكَرَ القولين كان حقُّ التَّركيب تقديمَ الضَّعيفِ والاستدراكَ عليه بالصَّحيح كمـا فعَلَ

(قولُهُ: ويشيرُ إليه ما قدَّمناه آنفاً عن "الفتح" إلخ) الإشارةُ في عبارة "الفتح" لِما قالَهُ في غاية الخفاء إلاَّ بانضمام شيءٍ آخرَ إليها ممَّا ذكره في "الفتح" زيادةً عن عبارته السَّابقة.

---

(١) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيِّب ومعرفة الأكفاء ق٧٧/أ.

(٢) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفء)).

(٣) ((محمول على الكبير)) ساقط من "الأصل".

(٤) المقولة [١١٧٤٥] قوله: ((الكفاءة معتبرة)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ٢٨٢/١.

(٦) المقولة [١١٦١٦] قوله: ((لا يصح النكاح من غير كفء)).

(و) الكفاءةُ (هي حقُّ الوليِّ لا حقُّها)...

في "البحر"[١]، وذكَرَ: ((أنَّ ما في "الظَّهيريَّة" غريبٌ)) وردَّهُ أيضاً في "البدائع"[٢] كما بَسَطَهُ في "النَّهر"[٣].

[١١٧٥١] (قولُهُ: هي حقُّ الوليِّ لا حقُّها) كذا قال في "البحر"[٤]، واستشهَدَ له بما ذكَرَهُ[٥] "الشَّارح" عن "الولوالجيَّة"[٦]، وفيه نظرٌ، بل هي حقٌّ لها أيضاً، بدليل أنَّ الوليَّ لو زَوَّجَ الصَّغيرةَ غيرَ كفءٍ لا يصحُّ ما لم يكن أباً أو جدّاً غيرَ ظاهرِ الفسق، ولِما في "الذَّخيرة" قبيل الفصل السَّادس: ((من أنَّ الحقَّ في إتمام مهرِ المثل عند "أبي حنيفة" للمرأةِ وللأولياءِ كحقِّ الكفاءة، وعندهما للمرأةِ لا غير)) اهـ.

وظاهرُ قولِهِ: ((كحقِّ الكفاءة)) الاتِّفاقُ على أنَّه حقٌّ لكلٍّ منهما، وكذا ما في "البحر"[٧] عن "الظَّهيريَّة"[٨]: ((لو انتسَبَ الزَّوجُ لها نَسَباً غيرَ نَسَبِهِ فإنْ ظهَرَ دونه وهو ليس بكفءٍ فحقُّ الفسخِ ثابتٌ للكلِّ، [٣/ق٦٨/أ] وإنْ كان كفئاً فحقُّ الفسخِ لها دون الأولياء، وإنْ كان ما ظهَرَ فوق ما أخبَرَ فلا فسخَ لأحدٍ، وعن "الثَّاني" أنَّ لها الفسخَ؛ لأنَّها عسى تَعجَزُ عن المُقام معه)) اهـ.

٣١٧/٢ ومن هذا القبيل ما سيذكرُهُ[٩] "الشَّارح" قبيل باب العِدَّة: ((لو تَزَوَّجَتْهُ على أنَّه حُرٌّ أو سُنِّيٌّ أو قادرٌ على المهرِ والنَّفقةِ فبانَ بخلافه، أو على أنَّه فلانُ ابنُ فلانٍ فإذا هو لقيطٌ أو ابنُ زنا

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٢) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأمَّا بيان من تعتبر له الكفاءة ٣٢٠/٢-٣٢١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٣/ب و١٧٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٥) "در" صـ٢٩٠ـ٢٩١ـ.

(٦) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ق٤٧/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٨) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع في نكاح الأبكار والثيِّب ومعرفة الأكفاء ق٧٧/أ.

(٩) انظر "الدر" عند المقولة [١٥١٨٤] قوله: ((لها الخيار)).

فلو نكَحَتْ رجلاً و لم تَعلَمْ حالَـهُ، فـإذا هـو عبـدٌ لا خيـارَ لهـا بـل للأوليـاءِ، ولـو زَوَّجُوها برضاها و لم يعلموا بعدمِ الكفاءة، ثمَّ علموا لا خيارَ لأحدٍ، إلاَّ إذا شَرَطُوا الكفاءةَ، أو أخبَرَهـم بها وقتَ العقد فزَوَّجُوها على ذلك، ثمَّ ظهَرَ أنَّه غيرُ كفءٍ..

لها الخيارُ)) اهـ. ويأتي تمامُ الكلام على ذلك هناك[1].

زاد في "البدائع"[2] على ما مرَّ[3] عن "الظَّهيريَّة": ((وإنْ فَعَلَـت المرأةُ ذلـك فتَزَوَّجَهـا، ثـمَّ ظهَرَ بخلافِ ما أظهَرَتْ فلا خيارَ للزَّوجِ، سواءٌ تبيَّنَ أنَّهـا حُـرَّةٌ أو أَمَـةٌ؛ لأنَّ الكفـاءة في جـانبِ النِّساء غيرُ مُعتبَرةٍ)) اهـ.

وقد يجابُ بأنَّ الكلام كما مرَّ[4] فيما إذا زَوَّجَتْ نفسَها بلا إذنِ الوليِّ، وحينئذٍ لم يَبْقَ لهـا حقٌّ في الكفاءة لرضاها بإسقاطِها، فبقي الحقُّ للوليِّ فقط، فله الفسخُ.

[١١٧٥٢] (قولُهُ: فلو نَكَحَتْ إلخ) تفريعٌ على قولِهِ: ((لا حقُّها))، وفيه أنَّ التَّقصيرَ جاء مـن قِبَلِها حيث لم تَبحَثْ عن حالِهِ، كما جاءَ من قِبَلِها وقِبَلِ الأوليـاء فيمـا لـو زَوَّجُوهـا برضاهـا[5] و لم يَعلَمُوا بعدم الكفاءة ثُمَّ عَلِمُوا، "رحمتي". وفي كـلام "الولوالجيَّـة"[6] مـا يُفيـدُهُ كمـا يـأتي[7] قريباً، وعلى ما ذكرناه[8] من الجوابِ فالتَّفريعُ صحيحٌ؛ لأنَّ سقوطَ حقِّهـا إذا رَضِيَـتْ ولـو مـن وجهٍ، وهنا كذلك، ولذا لو شَرَطَت الكفاءةَ بقي حقُّها.

[١١٧٥٣] (قولُهُ: لا خيارَ لأحدٍ) هذا في الكبيرة كما هو فرضُ المسألة، بـدليل قولـه:

---

(١) المقولة [١٥١٨٤] قوله: ((لها الخيار)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأمَّا بيان من تعتبر له الكفاءة ٣٢١/٢ باختصار.

(٣) في هذه المقولة.

(٤) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً)).

(٥) من ((كما جاء)) إلى ((برضاها)) ساقط من "آ".

(٦) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل في النكاح ق٤٧/ب.

(٧) "در" صـ٢٨٦ـ.

(٨) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصحُّ النكاح)).

كان لهم الخيارُ، "ولوالجيَّة"[١]، فليحفظ.

(وتُعتبَرُ) الكفاءةُ..

((نَكَحَتْ رجلاً))، وقولِهِ: ((برضاها))، فلا يُخالِفُ ما قدَّمناه[٢] في الباب المارِّ عن "النَّوازل": ((لو زَوَّجَ بنتَهُ الصَّغيرةَ ممن يُنكِرُ أنَّه يَشرَبُ المُسكِرَ فإذا هو مُدمِنٌ له، وقالت بعدَما كَبِرَتْ: لا أرضى بالنِّكاح إنْ لم يكن يَعرِفُهُ الأبُ بشُربِهِ، وكانَ غَلَبَةُ أهلِ بيته صالحين فالنِّكاحُ باطلٌ؛ لأنَّه إنما زَوَّجَ على ظَنِّ أنَّه كفءٌ)) اهـ، خلافاً لِما ظَنَّهُ "المقدسيُّ" من إثباتِ المخالفة بينهما كما نبَّهَ عليه "الخيرُ الرَّمليُّ".

قلت: ولعلَّ وجهَ الفَرْقِ أنَّ الأب يصحُّ تزويجُهُ الصَّغيرةَ من غيرِ الكفء لمزيدِ شفقتِهِ، وأنَّه إنما فوَّتَ الكفاءةَ لمصلحةٍ تَزيدُ عليها، وهذا إنما يصحُّ إذا عَلِمَهُ غيرَ كفءٍ، أمَّا إذا لم يَعلَمْهُ فلم يَظهَرْ منه أنَّه زَوَّجَها للمصلحةِ المذكورة كما إذا كانَ الأبُ ماجناً أو سكرانَ، لكنْ كان الظَّاهرُ أن يقال: لا يصحُّ العَقْدُ أصلاً كما في الأبِ [٣/ق٦٨/ب] الماجنِ والسَّكرانِ، مع أنَّ المصرَّحَ به أنَّ لها إبطالَهُ بعد البلوغ، وهو فرعُ صحَّتِهِ، فليُتأمَّل.

[١١٧٥٤] (قولُهُ: كان لهم الخيارُ) لأنَّه إذا لم يُشترَط الكفاءةُ كان عدمُ الرِّضاءِ بعدم الكفاءة من الوليِّ ومنها ثابتاً من وجهٍ دون وجهٍ[٣]؛ لِما ذكرنا أنَّ حال الزَّوجِ محتمِلٌ بين أنْ يكونَ

(قولُهُ: ولعلَّ وجهَ الفَرْق أنَّ الأبَ يصحُّ تزويجُه إلخ) لا يظهرُ؛ فإنَّ مُقتضاه أنَّ محلَّ نفاذ عقد الأب من غير كُفْءٍ إذا كان عالماً بعدم الكفاءة، مع أنَّهم لم يشترطوه، وبَنَوا كلامَهُم على أنَّ الشَّأنَ في الأب ما ذُكِر، والظَّاهرُ في الفَرْق أنْ يقالَ: إنَّها في مسألة "النَّوازل" لم تَرْضَ بإسقاط الكفاءة، ولم يوجد ما يدُلُّ على رضا الأب صريحاً حتَّى يسريَ في حقِّها فيبقى لها الخِيارُ بعد بُلُوغها لا الأبُ؛ لرضاه في الجملة، بخلاف ما في "الولوالجيَّة" فإنَّ مَن باشر العَقْدَ أو رضيَ به سقطَ حقُّه لرضاه ولو من وجهٍ.

---

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح والرسالة والكتابة والكفاءة والمهر والنَّفقة ق٤٧/ب بتصرف.

(٢) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصحُّ النكاح)).

(٣) ((وجه)) ساقطة من "الأصل".

لِلُزُومِ النِّكاحِ خلافاً لـ "مالكٍ" (نسباً، ....

كفئاً وأنْ لا يكونَ، والنصُّ إنما أثبَتَ حقَّ الفسخِ بسببِ عدم الكفاءة حالَ عدم الرِّضاءِ بعدم الكفاءة من كلِّ وجهٍ، فلا يَثبُتُ حالَ وجود الرِّضاءِ بعدم الكفاءة من وجهٍ، "بحر"[١] عن "الولوالجيَّة"[٢].

[١١٧٥٥] (قولُهُ: لِلُزُومِ النِّكاحِ) أي: على ظاهرِ الرِّوايةِ، ولصحَّتِهِ على روايةِ "الحسن" المختارةِ للفتوى.

[١١٧٥٦] (قولُهُ: خلافاً لـ "مالكٍ") في اعتبارِ الكفاءةِ خلافُ "مالكٍ" و"الثَّوريِّ" و"الكرخيِّ" من مشايخنا، كذا في "فتح القدير"[٣]، فكان الأَولى ذكرَ "الكرخيِّ"، وفي "حاشية الدُّرر" للعلاَّمة "نوح": ((أنَّ الإمام "أبا الحسن" الكرخيَّ والإمامَ "أبا بكرٍ" الجصَّاصَ ـ وهما من كبارِ علماء العراقِ ـ ومَن تَبِعَهما من مشايخِ العراق لم يَعتبِرُوا الكفاءةَ في النِّكاح، ولو لم تَثبُتْ عندهم هذه الرِّوايةُ عن "أبي حنيفة" لَما اختاروها، وذهَبَ جمهورُ مشايخنا إلى أنَّها مُعتبَرةٌ فيه، ولقاضي القضاة "سراج الدِّين" الهنديِّ[٤] مُؤلَّفٌ مُستقلٌّ في الكفاءةِ، ذكَرَ فيه القولين على التَّفصيل، وبيَّنَ ما لكلٍّ منهما من السَّنَدِ والدَّليل)) اهـ.

[١١٧٥٧] (قولُهُ: نَسَباً) أي: من جهةِ النَّسَب، ونظَمَ العلاَّمةُ "الحمويُّ" ما تُعتبَرُ فيه الكفاءةُ فقال: [كامل]

إنَّ الكفاءةَ في النِّكاحِ تكونُ في ... ستٌّ لها بيتٌ بديعٌ قد ضُبِطْ
نَسَبٌ وإسلامٌ كذلك حرفةٌ ... حُرِّيَّةٌ وديانةٌ مالٌ فقطْ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٣٧/٣.

(٢) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ق٤٧/ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٨٧/٣.

(٤) هو أبو حفص عمر بن إسحاق بن أحمد، سراج الدين الهندي الغزنوي (٧٧٣هـ). ("الدرر الكامنة" ١٥٤/٣، و"الفوائد البهية" صـ١٤٨ـ). ولم نعثر في كتب التراجم على نِسْبة هذا المؤلَّف له.

فقريشٌ) بعضُهم (أَكْفاءُ) بعضٍ.......................................

قلت: وفي "الفتاوى الحامديَّة"[(١)] عن "واقعاتِ قدري أفندي"[(٢)] عن "القاعديَّة"[(٣)]: ((غيرُ الأبِ والجدِّ من الأولياء لو زَوَّجَ الصَّغيرةَ من عِنِّينٍ معروفٍ لم يَجُزْ؛ لأنَّ القدرةَ على الجماع شرطُ الكفاءة كالقدرةِ على المهرِ والنَّفقةِ، بل أَولى)) اهـ.

وأمَّا الكبيرةُ فسنذكرُ عن "البحر": ((أنَّه لو زَوَّجَها الوكيلُ غنيّاً مجبوباً جاز وإنْ كان لها التَّفريقُ بعدُ)).

[١١٧٥٨] (قولُهُ: فقريشٌ إلخ) القُرَشيَّان: مَن جَمَعَهما أبٌ هو النَّضرُ بنُ كنانةَ فمَن دونه، ومَن لم يَنتسِبْ إلاَّ لأبٍ فوقَهُ فهو عربيٌّ غيرُ قرشيٍّ، والنَّضرُ هو الجَدُّ الثَّاني عشرَ للنبيِّ ﷺ، فإنَّه محمَّدُ بنُ عبد الله بنِ عبد المُطَّلبِ بن هاشم بن عبدِ مناف بن قُصَيٍّ [٣/ق٦٩/أ] بن كِلاب بن مُرَّةَ بن كَعْب بن لُؤَيٍّ بن غالب بن فِهْر بن مالك بن النَّضْر بن كِنانةَ بن خُزَيْمةَ بن مُدركةَ بن إلياسَ بن مُضَرَ بن نزار بن مَعَدِّ بن عدنان. على هذا اقتصرَ "البخاريُّ"[(٤)]، والخلفاءُ الأربعةُ كلُّهم من قريشٍ، وتمامُهُ في "البحر"[(٥)].

[١١٧٥٩] (قولُهُ: بعضُهم أَكْفاءُ بعضٍ) أشارَ به إلى أنَّه لا تَفاضُلَ فيما بينهم من الهاشميِّ والنَّوْفليِّ والتَّيْميِّ والعَدَويِّ وغيرِهم، ولهذا زوَّجَ "عليٌّ" -وهو هاشميٌّ- "أمَّ كلثوم" بنتَ "فاطمةَ"

---

(١) لم نعثر عليها في "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية".

(٢) واقعات قدري أفندي: هو "الجمع والتدوين" المعروف "بواقعات المفتين": لعبد القادر بن يوسف المشهور بقدري أفندي والمعروف أيضاً بـ: نقيب زاده، القاضي بعسكر روم إيلي(ت١٠٨٣هـ). ("خلاصة الأثر" ٤٧٣/٢، "هديَّة العارفين" ٦٠٢/١ وفيه: نقيب زاده، "الأعلام" ٤٨/٤).

(٣) "الفتاوى القاعدية": للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن أبي القاسم، شمس الدين القاعدي الخُجَنْدي. ("كشف الظنون" ١٢٢٨/٢).

(٤) "البخاري": كتاب المناقب ـ باب مبعث النبي ﷺ.

(٥) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٩٣/٣.

(و) بقيَّةُ (العربِ) بعضُهم (أكفاءُ) بعضٍ، واستثنى في "الملتقى"[(١)] تبعاً لـ "الهداية"[(٢)] بني باهلةَ لِخِسَّتِهم،...

والنَّوْفليِّ والتَّيْميِّ والعَدَويِّ وغيرِهم، ولهذا زوَّجَ "عليٌّ" ـ وهو هاشميٌّ ـ "أمَّ كلثوم" بنتَ "فاطمةَ" لـ "عمرَ" وهو عَدَويٌّ، "قهستاني"[(٣)]. فلو تَزَوَّجَتْ هاشميَّةٌ قُرَشيّاً غيرَ هاشميٍّ لم يُرَدَّ عَقْدُها، وإنْ تَزَوَّجَتْ عربيّاً غيرَ قُرَشيٍّ لهم رَدُّهُ كتزويجِ العربيَّةِ عجميّاً، "بحر"[(٤)]. وقولُهُ: ((لم يُرَدَّ عَقْدُها)) ذكَرَ مثلَهُ في "التَّبيين"[(٥)] وكثيرٍ من شروح "الكنز"[(٦)] و"الهداية"[(٧)] وغالبِ المُعتبَرات، فقولُهُ في "الفيض": ((القرشيُّ لا يكونُ كفئاً للهاشميِّ)) كلمةُ ((لا)) فيه من تحريفِ النُّسَّاخ، "رملي". ٣١٨/٢

[١١٧٦٠] (قولُهُ: وبقيَّةُ العَرَبِ أكفاءُ) العَرَبُ صنفان: عَرَبٌ عاربةٌ وهم أولادُ قحطان، ومُتعرِّبةٌ وهم أولادِ إسماعيل، والعَجَمُ أولادُ فَرُّوخَ أخي إسماعيل، وهم الموالي والعُتَقاءُ، والمرادُ بهم غيرُ العرب وإنْ لم يَمَسَّهم رِقٌّ، سُمُّوا بذلك إمَّا لأنَّ العرب لَمَّا افتَتَحَتْ بلادَهم وتَرَكَتْهم أحراراً بعد أنْ كان لهؤلاءِ الاسترقاقُ فكأنَّهم أعتقوهم، أو لأنَّهم نَصَرُوا العربَ على قتلِ الكفَّارِ، والنَّاصرُ يُسمَّى مولًى، "نهر"[(٨)].

[١١٧٦١] (قولُهُ: بني باهلةَ) قال في "الفتح"[(٩)]: ((باهِلَةُ في الأصلِ: اسمُ امرأةٍ من هَمَدانَ،

(قولُهُ: ولهذا زوَّج عليٌّ ـ وهو هاشميٌّ ـ أمَّ كُلثُومِ بنتَ فاطمةَ لعُمرَ ـ وهو عَدَوِيٌّ ـ إلخ) فيه نظرٌ؛ إذ يجوزُ أنَّه زوَّجها له لإسقاط حقِّه في الكفاءة نظراً لمصلحة أُخرى.

---

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل تعتبر الكفاءة ٢٤٦/١.
(٢) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٢٠١/١.
(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ٢٨٢/١.
(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٠/٣.
(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٢٨/٢ـ١٢٩.
(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب الأولياء ـ فصل في بيان أحكام الأكفاء ١٤٨/١.
(٧) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٢٠١/١.
(٨) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٤/ب بتصرف.
(٩) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

والحقُّ الإطلاقُ، قالَهُ "المصنِّف"[١] كـ "البحر"[٢] و"النهر"[٣] و"الفتح" و"الشُّرنبلاليَّة"[٤]، ويَعضُدُهُ إطلاقُ المصنِّفين كـ "الكنز"[٥] و"الدُّرر"[٦]،.........................

كانت تحتَ مَعْنِ بنِ أعصرَ بنِ سعدِ بن قَيْسِ غيلان، فنُسِبَ ولدُهُ إليها، وهم معروفون بالخَساسةِ، قيل: كانَوا يأكلون بقيَّةَ الطَّعام مرَّةً ثانيةً، وكانوا يأخذون عظامَ الميتة يَطْحَنُونها[٧] ويأخذون دُسُوماتِها، ولذا قيل: [متقارب]

ولا يَنفَعُ الأصلُ من هاشمٍ ... إذا كانت النَّفْسُ من باهِلَةْ[٨]

وقيل: [متقارب]

إذا قِيْلَ للكلبِ يا باهليّ ... عَوَى الكلبُ من شُؤْمِ هذا النَّسَبْ[٩]

[١١٧٦٢] (قولُهُ: والحقُّ الإطلاقُ) فإنَّ النَّصَّ لم يُفصِّل مع أنَّه ﷺ كانَ أعلمَ بقبائلِ العرب وأخلاقِهم، وقد أطلَقَ، وليس كلُّ باهليٍّ كذلك، بل فيهم الأجوادُ، وكونُ فصيلةٍ منهم أوْ بطنٍ صعاليكَ فَعَلُوا ذلك لا يَسري في حقِّ الكلِّ، "فتح"[١٠].

[١١٧٦٣] (قولُهُ: ويَعضُدُهُ) أي: يُقوِّيه.

قلت: يَعضُدُهُ أيضاً إطلاقُ "محمَّدٍ"، ففي "كافي الحاكم": ((قريشٌ بعضُها أكْفاءٌ لبعضٍ،

---

(١) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الكفاءة ١/ق ١٢١/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٤/ب.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/٣٣٩ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب الأولياء ـ فصل في بيان أحكام الأكفاء ١/١٤٨.

(٦) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ١/٣٣٩.

(٧) في هامش "ب": ((قوله: (يَطحَنُونها) كذا بخطِّ المؤلِّف، والذي في كتب اللُّغة: يطبخونها، قاله نصر)).

(٨) البيت بلا نسبة في "ثمار القلوب" ١/٢٢٠، "وفيات الأعيان" ٤/٩٠، "شرح أبيات المغني" ٢/٢١٧.

(٩) البيت لرجل من عبد القيس، انظر "الكامل": ٢/٨٩٦.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٩١ بتصرف.

وهذا في العَرَب (و) أمَّا في العجمِ فتُعتبَرُ (حرِّيَّةً وإسلاماً) فمسلمٌ بنفسِهِ أو مُعتَقٌ غيرُ كفءٍ...

والعَرَبُ بعضُهم أَكْفاءٌ [٣/ق٦٩/ب] لبعضٍ، وليسوا بأَكْفاءٍ لقريشٍ، ومَن كان له من الموالي أَبَوانِ أو ثلاثةٌ في الإسلام فبعضُهم أَكْفاءٌ لبعضٍ، وليسوا بأَكْفاءٍ للعَرَبِ)) اهـ.

والحاصلُ: أنَّه كما لا يُعتبَرُ التَّفاوتُ في قريشٍ ـ حتَّى إنَّ أفضلَهم بني هاشم أَكْفاءٌ لغيرِهم منهم ـ فكذلك في بقيَّةِ العَرَبِ بلا استثناء، ويُؤخَذُ من هذا أنَّ مَن كانَتْ أُمُّها عَلَويَّةً مثلاً وأبوها عَجَميٌّ يكونُ العَجَميُّ كفئاً لها وإنْ كان لها شَرَفٌ ما؛ لأنَّ النَّسَب للآباء، ولهذا جازَ دَفْعُ الزَّكاة إليها، فلا يُعتبَرُ التَّفاوتُ بينهما من جهةِ شَرَفِ الأمِّ، و لم أرَ مَن صرَّحَ بهذا، وا لله أعلم.

[١١٧٦٤] (قولُهُ: وهذا في العَرَبِ) أي: اعتبارُ النَّسَبِ إنما يكونُ في العَرَبِ، فلا يُعتبَرُ فيهم الإسلامُ كما في "المحيط" و"النِّهاية" وغيرهما، ولا الدِّيانةُ كما في "النَّظْم"، ولا الحِرْفةُ كما في "المضمرات"؛ لأنَّ العَرَب لا يَتَّخِذُون هذه الصَّنايعَ حِرَفاً، وأمَّا الباقي ـ أي: الحُرِّيَّةُ والمالُ ـ فالظَّاهرُ من عباراتِهم أنَّه مُعتبَرٌ، "قهستاني"[1]، لكنْ فيه كلامٌ ستَعرِفُهُ في مواضعِهِ.

[١١٧٦٥] (قولُهُ: وأمَّا في العَجَمِ) المرادُ بهم مَن لم يَنتسِبْ إلى إحدى قبائلِ العرب، ويُسمَّون الموالِيَ والعُتَقاءَ كما مرَّ[2]، وعامَّةُ أهلِ الأمصار والقرى في زماننا منهم، سواءٌ تَكَلَّمُوا بالعربيَّةِ أو غيرِها، إلاَّ مَن كان له منهم نَسَبٌ معروفٌ كالمنتسبين الى أحدِ الخلفاء الأربعة أو إلى الأنصارِ ونحوِهم.

[١١٧٦٦] (قولُهُ: فتُعتبَرُ حُرِّيَّةً وإسلاماً) أفادَ أنَّ الإسلام لا يكونُ مُعتبَراً في حقِّ العرب كما اتَّفَقَ عليه "أبو حنيفة" وصاحباه؛ لأنَّهم لا يَتفاخرون به، وإنما يَتفاخرون بالنَّسَبِ، فعربيٌّ له أبٌ

---

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ١/٢٨٣ بتصرف.

(٢) المقولة [١١٧٦٠] قوله: ((وبقية العرب أكفاء)).

....

كـافرٌ يكونُ كفئاً لعربيَّةٍ لها آباءٌ في الإسلام، وأمَّا الحُرِّيَّةُ فهي لازمةٌ للعرب؛ لأنَّه لايجوزُ استرقاقُهم، نعم الإسلامُ مُعتبَرٌ في العَرَبِ بالنَّظر إلى نفسِ الزَّوج لا إلى أبيه وجَدِّه، فعلى هذا فالنَّسَبُ مُعتبَرٌ

(قولُهُ: وأمَّا الحرِّيةُ فهي لازمةٌ للعرب إلخ) قـد يُتصوَّر فيهـم الرِّقُّ، كمـا لـو تـزوَّج العربـيُّ أَمةَ الغـير وجاءت بأولادٍ فإنَّهم أرقَّاءُ تبعاً لأُمِّهم مع كونهم من العرب، أو ارتدَّت العربيَّةُ ولَحِقتْ ثُمَّ استُرِقَّتْ فجـاءت بأولادٍ من زوجٍ عربيٍّ لم يُشـترطْ حرِّيتُهم، أو نحوِ ذلـك. وفي "الشُّرُنْبُلاليَّة" مـن فصـل الجزيـة، عنـد قولـه: ((لا على وَثَنِيٍّ عربيٍّ، أي: لا يُوضعُ عليه الجزْيةُ)) ما نَصُّه: ((فـإنْ ظهرَ عليهـم فعِرْسُه وطِفْلُه فيءٌ، كـذا في "التَّبيين"؛ لأنَّ النَّبيَّ عليه السَّلام: ((كان يَستَرِقُّ ذَراري مُشْرِكي العرب))، وأبـو بكـرٍ: ((اسـترقَّ نسـاءَ بـني حنيفةَ وصبيانَهُم)). وإذا ظهر على عَبَدة الأوثان من العـرب والمرتدِّيـن فنسـاؤهم وصبيـانُهم فيءٌ إلاّ أنَّ نسـاءَ المرتدِّين وذَراريهم يُجبَرُون على الإسـلام دون ذَراري عَبَـدةِ الأوثـان ونسـائهم)) اهـ. ثـم رأيـتُ في "شـرح المُنْتقى" لـ"الشَّوكانيِّ" من باب جواز اسـترقاق العرب مـن الجـزء السـابع مـا يُؤيِّـدُ هـذا البحـثَ، ((وأن بـني ناجيَةَ[1] ذكورَهُم وإناثَهُم استُرِقُّوا وصار بيعُهم كمـا هـو مشـهورٌ في كُتُـب السِّيَر، وبنـو ناجيَـةَ مـن قريـشٍ فكيف ساغتْ لهم مُخالفتُه)) اهـ. ثمَّ رأيت في "البزَّازيَّة" من الفصل الرابع من القضاء ما نصُّه ـ معـزوّاً لآخـرِ "السِّيَرِ الكبير"ـ: ((ولو رأى الإمامُ أنْ يُسبَى مُشْرِكو العرب فسُبُوا جاز؛ لأنَّ مذهبَ الإمام "الشَّـافعيِّ" جـوازُ سَبْيِهم)) اهـ. وقال "أبو السُّعُود" في "حاشية الأشباه" من كتاب السِّيَر، عنـد قولـه: ((المرتـدُّ أقبـحُ كُفْـراً مـن الأصليِّ)) ـ نقلاً عن "الوَلْوالجيَّة": ((الكفرُ[2] من المُرتدِّ أغلظُ مـن كُفْـر مُشْـركي العرب، ومُشْـركو العرب لا يُقبلُ منهم الصُّلْحُ والذِّمَّةُ لكن ندعوهُم إلى الإسلام؛ فإنْ أسلموا وإلاَّ قُتِلوا، وكذا عبَدةُ الأوثان منهـم، أمَّـا أهلُ الكتاب منهم فهم كغيرهم يجوزُ تركُهـم بالذِّمَّـة أو بالاسـترقاق، وفي "المبسـوط": ((وأهـلُ الكتـاب مـن العرب حُكمُهم حكمُ غيرِهم من أهل الكتاب، حتَّى يجوزُ استرقاقُهم وأخذُ الجزْيـة منهـم؛ لأنَّهـم ليسـوا مـن العرب في الأصل وإن توطَّنوا أرضَ العرب بل هم في الأصل من بني إسرائيل)) اهـ.

---

(١) يُنسبونَ إلى أمِّهم ناجية، وهي امرأة سامة بن لؤي. ("الأنساب" ١٢/١٠).

(٢) الذي في "التقريرات": ((لكفرٌ))، وما أثبتناه هو الموافق لعبارة "الولوالجية": كتاب السير ـ الفصل التاسع: فيما يصير به مسلماً أو ذمياً ٢/ق١١٥/أ.

لِمَن أبوها مسلمٌ، أو حرٌّ، أو مُعتَقٌ وأمُّها حرَّةُ الأصلِ، ومَن أبوه مسلمٌ أو حرٌّ غيرُ كفءٍ لذاتِ أبوين.

(وأبوان فيهما كالآباءِ) لتمامِ النَّسبِ بالجدِّ، وفي "الفتح":..............

في العَرَبِ فقط، وإسلامُ الأبِ والجَدِّ في العَجَم فقط، والحُرِّيَّةُ في العَرَب والعَجَم، وكذا إسلامُ نفسِ الزَّوج، هذا حاصلُ ما في "البحر"[(١)].

[١١٧٦٧] (قولُهُ: لِمَن أبوها مسلمٌ) راجعٌ إلى قوله: ((مسلمٌ بنفسِهِ))، "ح"[(٢)].

[١١٧٦٨] (قولُهُ: أو حُرٌّ أوْ مُعتَقٌ) كلٌّ منهما راجعٌ لقوله: ((أو مُعتَقٌ))، "ح"[(٣)].

[١١٧٦٩] (قولُهُ: وأُمُّها حُرَّةُ الأصلِ) لأنَّ الزَّوجَ المُعتَقَ فيه أثرُ الرِّقِّ وهو الوَلاءُ، والمرأةَ لَمَّا كانت أُمُّها حُرَّةَ الأصلِ كانت هي حُرَّةَ الأصلِ، "بحر"[(٤)] عن "التَّجنيس". أمَّا لو كانت أُمُّها رقيقةً فهي تَبَعٌ لأُمِّها في الرِّقِّ، فيكونُ المُعتَقُ [٣/ق٧٠/أ] كفئاً لها، بخلافِ ما لو كانت أُمُّها مُعتَقةً؛ لأنَّ لها أباً في الحُرِّيَّةِ لقولِهِ في "البحر"[(٥)]: ((والحُرِّيَّةُ نظيرُ الإسلام))، أفادَهُ "ط"[(٦)].

[١١٧٧٠] (قولُهُ: لذاتِ أَبَوين) أي: في الإسلامِ والحُرِّيَّةِ، "ط"[(٧)].

[١١٧٧١] (قولُهُ: وأَبَوان فيهما كالآباءِ) أي: فمَن له أبٌ وجَدٌّ في الإسلام أو الحُرِّيَّةِ كفءٌ لِمَن له آباءٌ، قال في "فتح القدير"[(٨)]: ((وأَلْحَقَ "أبو يوسف" الواحدَ بالمثنَّى كما هو مذهبُهُ في التَّعريف، أي: في الشَّهاداتِ والدَّعاوى، قيل: كأنَّ "أبا يوسف"[(٩)] إنما قال ذلك في موضعٍ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤١.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ق١٦٢/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ق١٦٢/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤١.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٢/٤٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٢/٤٣.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٩١.

(٩) الذي في "النسخ": ((وكان أبا يوسف)) وما أثبتناه من عبارة "الفتح".

((ولا يَعُدُ مكافأةُ مسلمٍ بنفسِهِ لمعتَقٍ بنفسِهِ))، وأمَّا مُعتَقُ الوضيعِ فلا يكافئُ مَعتقَةَ الشَّريف،

لا يُعَدُّ كفرُ الجَدِّ عيباً بعدَ أنْ كان الأبُ مسلماً، وهما قالاه في موضعٍ يُعَدُّ عيباً، والدَّليلُ على ذلك أنَّهم قالوا جميعاً: إنَّ ذلك ليس عيباً في حقِّ العَرَب؛ لأنَّهم لا يُعيِّرُون في ذلك، وهذا حَسَنٌ، وبه يَنتفِي الخلافُ)) اهـ، وتَبِعَهُ في "النَّهر"[١].

[١١٧٧٢] (قولُهُ: ولا يَعُدُ إلخ) ظاهرُهُ أنَّه قالَهُ تَفَقُّهاً، وقد رأيتُهُ في "الذَّخيرة"، ونصُّهُ: ((ذَكَرَ "ابنُ سماعةَ" في الرَّجُلِ يُسلِمُ والمرأةُ مُعتَقَةٌ: أنَّه كفءٌ لها)) اهـ.

ووجهُهُ أنَّه إذا أسلَمَ وهو حُرٌّ وعَتَقَتْ وهي مسلمةٌ يكونُ فيه أثرُ الكفرِ وفيها أثرُ الرِّقِّ وهما مُنقِصان، وفيه شرفُ حُرِّيَّةِ الأصلِ وفيها شرفُ إسلامِ الأصلِ وهما مُكمِّلان، فتساويا. بقي ما لو كان بالعكسِ بأنْ أسلَمَت المرأةُ وعتَقَ الرَّجُل، فالظَّاهرُ أنَّ الحكمَ كذلك بشرطِ أنْ لا[٢] يكونَ إسلامُهُ طارئاً، وإلاَّ ففيه أثرُ الكفرِ وأثرُ الرِّقِّ معاً، فلا يكونُ كفئاً لِمَن فيها أثرُ الكفرِ فقط، تأمَّل. ٣١٩/٢

[١١٧٧٣] (قولُهُ: وأمَّا مُعتَقُ الوضيعِ إلخ) عَزَاهُ في "البحر"[٣] الى "المجتبى"، ومثلُهُ في "البدائع"[٤]، قال: ((حتَّى لا يكونُ مولى العربِ كفئاً لمولاةِ بني هاشمٍ، حتَّى لو زَوَّجَتْ مولاةُ بني هاشمٍ نفسَها من مولى العربِ كان لِمُعتِقِها حقُّ الاعتراضِ؛ لأنَّ الوَلاءَ بمنزلةِ النَّسَبِ، قال النبيُّ ﷺ: «الوَلاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمةِ النَّسَب»[٥])) اهـ، ومثلُهُ في "الذَّخيرة".

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ.

(٢) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤١/٣.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: ومنها الحرية ٣١٩/٢.

(٥) أخرجه ابن حبان في "صحيحه" (٤٩٥٠) كتاب البيوع ـ باب البيع المنهي عنه، والحاكم في "المستدرك" ٣٤١/٤ وقال: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٩٢/١٠ كتاب الولاء ـ باب مَنْ أعتق مملوكاً له. والشافعي كما في "مسنده" صـ٣٣٨ـ، وأبو نعيم في "مسند أبي حنيفة" صـ١٧٤ـ، وابن عبد البر في "التمهيد" ٦٩/٣، وأورده ابن حجر في "التلخيص الحبير" ٢١٣/٤. كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً.

وأمَّا مرتدٌّ أسلَمَ فكفءٌ لِمَن لم يرتدَّ، وأمَّا الكفاءةُ بين الذمِّيِّين فلا تُعتبَرُ.........

وذكَرَ "الشَّارح"[1] في كتابِ الوَلاء: ((الكفاءةُ تُعتبَرُ في وَلاءِ العَتاقةِ، فمُعتَقةُ التَّاجرِ كفءٌ لِمُعتَقِ العَطَّار دون الدَّبَّاغ)) اهـ.

ويُشكِلُ عليه ما ذكرَهُ في "البدائع"[2] أيضاً قبلَ ما قدَّمناه[3] حيث قال: ((وموالي العربِ أكفاءٌ لموالي قريشٍ؛ لعمومِ قولِهِ ﷺ: «والموالي بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ»[4])) اهـ، فتأمَّل.

(تنبيهٌ)

مولى الموالاةِ لا يُكافِئُ مولاةَ العَتاقةِ، قال في "الذَّخيرة": ((رَوَى "المُعلَّى" عن "أبي يوسف": أنَّ مَن أسلَمَ على يدي إنسانٍ لا يكونُ كفئاً لموالي العتاقة، وفي "شرح الطَّحاويِّ": مُعتَقةُ أشرفِ القوم تكونُ كفئاً للموالي؛ لأنَّ لها شرفَ الوَلاءِ، وللموالي [٣/ق٧٠/ب] شرفُ إسلامِ الآباء)) اهـ.

[١١٧٧٤] (قولُهُ: وأمَّا مُرتَدٌّ أسلَمَ إلخ) نقَلَهُ في "البحر"[5] عن "القنية"[6] وسكَتَ عليه، وكأنَّه محمولٌ على مُرتَدٍّ لم يَطُلْ زمنُ رِدَّتِهِ، ولذا لم يُقيِّدْهُ باللَّحاقِ بدارِ الحرب؛ لأنَّ المُرتَدَّ في دارِ الإسلام يُقتَلُ إنْ لم يُسلِمْ، أمَّا مَن ارتَدَّ وطالَ زمنُ رِدَّتِهِ حتَّى اشتُهِرَ بذلك، ولَحِقَ أوَّلاً؛

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٥٧٨] قوله: ((في ولاء العتاقة)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما الثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة ٢/٣١٩.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) أخرجه البيهقي في "السنن الكبرى" ٧/١٣٤ كتاب النكاح ـ باب اعتبار الصَّنعة في الكفاءة بأسانيد عديدة، وكلُّها ضعيفة، عن عدد من الصحابة، وفي "معرفة السنن والآثار" (١٣٦٧٩) كتاب النكاح ـ باب اعتبار الكفاءة، والبزَّار في مسنده ٧/١١٢ رقم (٢٦٧٧)، وأورده الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٤/٢٧٥ من حديث معاذ بن جبل، وقال: ((وفيه سليمان بن أبي الجون، ولم أجد من ذكره، وبقية رجاله رجال الصحيح)) وانظر بقية الطرق عند البيهقي وفي "فتح القدير" ٣/١٨٨ـ ١٨٩.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤١.

(٦) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في الكفاءة ق٣٤/أ.

إلاَّ لفتنةٍ.

(و) تُعتبَرُ في العربِ والعجمِ (ديانةً) أي: تقوى،........................

ثمَّ أسلَمَ فينبغي أنْ لا يكونَ كفئاً لمن لم تَرتَدَّ، فإنَّ العار الـذي يَلحَقُها بهـذا أعظـمُ مـن العـارِ بكافرٍ أصليٍّ أسلَمَ بنفسِهِ، فليُتأمَّل.

[١١٧٧٥] (قولُهُ: إلاَّ لفتنةٍ) أي: لدَفْعِها، قال في "الفتح"[(١)] عـن "الأصـل": ((إلاَّ أنْ يكـونَ نَسَباً مشهوراً كبنتِ ملكٍ من ملوكِهـم خدَعَهـا حـائكٌ أو سـائسٌ، فإنَّـه يُفـرَّقُ بينهـم لا لعـدمِ الكفاءة بل لتسكينِ الفتنةِ، والقاضي مأمورٌ بتسكينِها بينهم كما بين المسلمين[(٢)])) اهـ.

[١١٧٧٦] (قولُهُ: وتُعتبَرُ في العَرَبِ والعَجَمِ إلخ) قـال في "البحـر"[(٣)]: ((وظـاهرُ كلامهـم أنَّ التَّقوى مُعتبَرةٌ في حقِّ العَرَب والعَجَم، فلا يكـونُ العربـيُّ الفاسـقُ كفـؤاً لصالحـةٍ عربيَّـةً كـانت أو عَجَميَّةً)) اهـ.

قال في "النَّهر"[(٤)]: ((وصرَّحَ بهذا في "إيضاح الإصلاح" على أنَّه المذهب)) اهـ.

وذكَرَ في "البحر"[(٥)] أيضاً: ((أنَّ ظاهرَ كلامهم اعتبارُ الكفاءةِ مالاً فيهما أيضاً)).

قلت: وكذا حِرفةً كما يَظهَرُ مما نذكرُهُ[(٦)] عن "البدائع".

[١١٧٧٧] (قولُهُ: ديانةً) أي: عندهما، وهو الصَّحيح، وقـال "محمَّـدٌ": لا تُعتبَـرُ إلاَّ إذا كـان يُصفَعُ ويُسخَرُ منه، أو يَخرُجُ إلى الأسواق سكرانَ ويلعبُ به الصِّبيانُ؛ لأنَّـه مُستخَفٌّ بـه،

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٩١.

(٢) في "د" زيادة: ((كذا في "البحر")). ق١٥٩/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤٢.

(٦) المقولة [١١٧٨٦] قوله: ((وحرفة)).

فليس فاسقٌ كفئاً لصالحةٍ أو فاسقةٍ..

"هداية"[(١)]. ونقَلَ في "الفتح"[(٢)] عن "المحيط": ((أنَّ الفتوى على قولِ "محمَّدٍ"))، لكنَّ الذي في "التَّتارخانيَّة"[(٣)] عن "المحيط"[(٤)]: ((قيل: وعليه الفتوى))، وكذا في "المقدسيِّ" عن "المحيط البرهانيِّ"[(٥)]، ومثلُهُ في "الذَّخيرة"، قال في "البحر"[(٦)]: ((وهو موافقٌ لِما صحَّحَهُ في "المبسوط"[(٧)]، وتصحيحُ "الهداية"[(٨)] مُعارِضٌ له، فالإفتاءُ بما في المتون أَولى)) اهـ.

[١١٧٧٨] (قولُهُ: فليس فاسقٌ إلخ) اعلم أنَّه قال في "البحر"[(٩)]: ((ووقَعَ لي تردُّدٌ فيما إذا كانت صالحةً دونَ أبيها، أو كان أبوها صالحاً دونها هل يكون الفاسقُ كفئاً لها أو لا؟ فظاهرُ

(قولُهُ: فالافتاءُ بما في المُتون أَوْلى) هذا ظاهرٌ إذا تساوى كِلا التَّصحيحَيْن، كأنْ عبَّر عن كلٍّ بلفظِ الصَّحيح، وإلاَّ بأنْ عبَّر عمَّا في "المبسوط" بالأصحِّ، أو نحوِه ممَّا هو أقوى من الصَّحيح، فالإفتاء بما في "المبسوط" أولى إلاَّ أنْ يقالَ: إنَّ تصحيحَ ما فيه قد ضَعُفَ بما في "المحيط" و"الذَّخيرة"؛ حيثُ عبَّر عنه بقيل اهـ. و(قولُهُ: وتصحيحُ "الهداية" مُعارَضٌ إلخ) فيه أنَّ ما فيها ليس تصحيحاً لاعتبار الدِّيانة في الكفاءة، بل معناه، كما في شُرَّاحها: أنَّ اقترانَ "أبي حنيفة" مع "أبي يوسف" حتَّى تكونَ الكفاءةُ في الدِّين قولَهما جميعاً هو الصَّحيحُ، وهو احترازٌ عن رواية أُخرى عن "أبي حنيفة" موافقةٍ لِما قاله "محمَّد"، أو عمَّا رُوِيَ عن "أبي يوسف": أنَّ الفاسقَ إذا كان ذا مَرُوءةٍ يكونُ كُفْؤاً.

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١/٢٠١.
(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٩٢.
(٣) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس عشر في الكفاءة ٣/٦٢ـ٦٣.
(٤) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الكفاءة ق١٩١/ب.
(٥) انظر النقل السابق. وقد سبق وذكرنا ١/١٤٧ أنّ "الفتح" إنّما ينقل عن "المحيط" للسرخسي، بينما تنقل "التاترخانية" عن "المحيط البرهاني"، وعليه فليس هذا اختلافاً في النقل عن "المحيط"، بل هما عبارتان لمؤلّفين مختلفين، فليتنبه.
(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤١ـ١٤٢ باختصار.
(٧) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الأكفاء ٥/٢٥.
(٨) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١/٢٠١.
(٩) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤٢.

....

كلامِ الشَّارِحِيْنَ أنَّ العبرةَ لصلاحِ أبيها وجَدِّها، فإنَّهم قالوا: لا يكونُ الفاسقُ كفئاً لبنتِ الصَّالحين[1]، واعتَبَرَ في "المجمع" صلاحَها فقال: فلا يكونُ الفاسقُ كفئاً للصَّالحةِ، وفي "الخانيَّة"[2]: لا يكونُ الفاسقُ كفئاً للصَّالحةِ بنتِ الصَّالحين، فاعتَبَرَ صلاحَ الكلِّ، والظَّاهرُ أنَّ الصَّلاحَ منها أو من آبائها كافٍ؛ لعدمِ كونِ الفاسق كفئاً لها، ولم أَرَهُ صريحاً)) اهـ.

ونازَعَهُ في "النَّهر"[3]: ((بأنَّ قول "الخانيَّة"[4] أيضاً: [٣/ق٧١/أ] إذا كان الفاسقُ محترماً مُعظَّماً عند النَّاسِ كأعوانِ السُّلطانِ يكونُ كفئاً لبناتِ الصَّالحين، وقال بعضُ مشايخِ بَلْخٍ: لا يكونُ مُعلِناً كان أوْ لا، وهو اختيارُ "ابن الفضل" اهـ يَقتضِي اعتبارَ الصَّلاحِ من حيث الآباءُ فقط، وهذا هو الظَّاهرُ، وحينئذٍ فلا اعتبارَ بفِسْقِها)) اهـ. أي: إذا كانت فاسقةً بنتَ صالحٍ لا يكونُ الفاسقُ كفئاً لها؛ لأنَّ العبرةَ لصلاحِ الأبِ، فلا يُعتبَرُ فسقُها، ويُؤيِّدُهُ أنَّ الكفاءة حقُّ الأولياء إذا أسقَطَتْها هي؛ لأنَّ الصَّالحَ يُعيَّرُ بمصاهرةِ الفاسقِ، لكنَّ ما نقلَهُ في "البحر" عن "الخانيَّة" يَقتضِي اعتبارَ صلاحِها أيضاً كما مَرَّ[5]، وحينئذٍ فيُمكِنُ حملُ كلام "الخانيَّة" الثَّاني عليه بناءً على أنَّ بنتَ الصَّالحِ صالحةٌ غالباً، قال في "الحواشي اليعقوبيَّة"[6]: ((قولُهُ: فليس فاسقٌ كفءَ بنتِ صالحٍ فيه

(قولُهُ: يقتضي اعتبارَ الصَّلاح من حيثُ الآباءُ إلخ) فيه أنَّ عبارةَ "الخانية" هذه لا تدُلُّ على أنَّ العبرةَ لصلاح الآباء فقط بل ما فيها دَالٌّ على أنَّه لا يكونُ كُفْؤاً لبنات الصَّالحين، وهو لا يدُلُّ على أنه لا عبرةَ بمُجرَّد صلاحها.

---

(١) عبارة "البحر": ((للصالحة بنت الصالحين))، وعلّق ابن عابدين على زيادة هذه الكلمة ((للصالحة)) في "حاشيته" على "البحر الرائق" بقوله: ((لفظ الصالحة زائد من الكاتب، فإن الذي في شروح "الهداية" كـ "الفتح" و"المعراج" و"غاية البيان": لو نكحت امرأة من بنات الصالحين فاسقاً كان للأولياء حقُّ الردِّ)) اهـ.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١/٣٥٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ بتصرف.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١/٣٥٠.

(٥) في المقولة نفسها.

(٦) مرت ترجمتها في ١/٥٧٤.

....

كلامٌ، وهو أنَّ بنت الصَّالحِ يُحتمَلُ أنْ تكونَ فاسقةً فيكونَ كفئاً كما صرَّحُوا به، والأَولى ما في "المجمع"، وهو أنَّ الفاسق ليس كفئاً للصَّالحة، إلاَّ أنْ يُقالَ: الغالبُ أنَّ بنت الصَّالح صالحةٌ، وكلامُ "المصنِّف" بناءٌ على الغالب اهـ، ومثلُهُ قولُ "القهستانيِّ"[١]، أي: ((وهي صالحةٌ))، وإنما لم يُذكَرْ لأنَّ الغالب أنْ تكونَ البنتُ صالحةً بصلاحِهِ اهـ، وكذا قال "المقدسيُّ".

قلت: اقتصارُهم بناءً على أنَّ صلاحَها يُعرَفُ بصلاحِهِم لخفاءِ حالِ المرأة غالباً، لا سيَّما الأبكارُ والصَّغائرُ)) اهـ. ٣٢٠/١

وفي "الذَّخيرة": ((ذكَرَ "شيخُ الإسلام": أنَّ الفاسق لا يكونَ كفئاً للعدلِ عند "أبي حنيفة"، وعن "أبي يوسف" و"محمَّدٍ": أنَّ الذي يَسكَرُ إنْ كان يُسِرُّ ذلك ولا يَخرُجُ سكرانَ كان كفئاً لامرأةٍ صالحةٍ من أهل البيوتات، وإنْ كان يُعلِنُ ذلك فلا، قيل: وعليه الفتوى)) اهـ.

قلت: والحاصلُ أنَّ المفهوم من كلامِهِم اعتبارُ صلاحِ الكلِّ، وأنَّ مَن اقتَصَرَ على صلاحِها أو صلاحِ آبائها نظَرَ إلى الغالبِ من أنَّ صلاحَ الولد والوالد متلازمان، فعلى هذا فالفاسقُ لا يكونُ كفئاً لصالحةٍ بنتِ صالحٍ، بل يكونُ كفئاً لفاسقةٍ بنتِ فاسقٍ، وكذا لفاسقةٍ بنتِ صالحٍ كما نقَلَهُ في "اليعقوبيَّة"، فليس لأبيها حقُّ الاعتراضِ؛ لأنَّ ما يَلحَقُهُ من العارِ ببنتِهِ أكثرُ من العارِ بصهرِهِ، وأمَّا إذا كانت صالحةً بنتَ فاسقٍ، فزوَّجَتْ نفسَها من فاسقٍ فليس لأبيها حقُّ الاعتراضِ؛ لأنه مثلُهُ، وهي قد رَضِيَتْ به، وأمَّا إذا كانَتْ صغيرةً فزوَّجَها أبوها من فاسقٍ فإنْ كان عالِماً بفسقِهِ صَحَّ العَقْدُ، ولا خيارَ لها إذا كَبِرَتْ؛ لأنَّ الأب [٣/ق٧١/ب] له ذلك ما لم يكن ماجناً كما مَرَّ[٢] في الباب السَّابق، وأمَّا إذا كانَ الأبُ صالحاً وظَنَّ الزَّوجَ صالحاً فلا يصحُّ، قال في "البزَّازيَّة"[٣]: ((زوَّجَ بنتَهُ من رجلٍ ظَنَّهُ مُصلِحاً لا يَشرَبُ مُسكِراً فإذا هو مُدمِنٌ،

---

(١) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل الولي والكفء ٢٨٣/١.

(٢) المقولة [١١٦١١] قوله: ((وإن عرف لا يصح النكاح)).

(٣) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

بنتِ صالحٍ، مُعلِناً كان أوْ لا على الظَّاهر، "نهر"[١]. (ومالاً)......................

فقالت بعد الكِبَرِ: لا أرضى بالنِّكاح إنْ لم يكن أبوها يَشرَبُ المُسكِرَ ولا عُرِفَ به وغَلَبةُ أهلِ بيتها مصلحون[٢] فالنِّكاحُ باطلٌ بالاتِّفاق)) اهـ، فاغتنم هذا التَّحريرَ، فإنَّه مفردٌ.

[١١٧٧٩] (قولُهُ: بنتِ صالحٍ) نعتٌ لكلٍّ من قوله: ((صالحةٍ)) و((فاسقةٍ))، وأفردَهُ للعطف بـ((أو))، فرجَعَ إلى أنَّ المعتبَرَ صلاحُ الآباء فقط، وأنَّه لا عبرةَ بفسقِها بعد كونِها من بناتِ الصَّالحين، وهذا هو الذي نقلناه عن "النَّهر"[٣]، فافهم. نعم هو خلافُ مانقلناه عن "اليعقوبيَّة".

[١١٧٨٠] (قولُهُ: مُعلِناً كان أوْ لا) أمَّا إذا كان مُعلِناً فظاهرٌ، وأمَّا غيرُ المُعلِن فهو بأنْ يُشهَدَ عليه أنَّه فعَلَ كذا من المُفسِّقات وهو لا يَجهَرُ به، فيُفرَّقُ بينهما بطلبِ الأولياء، "ط"[٤].

[١١٧٨١] (قولُهُ: على الظَّاهرِ) هذا استظهارٌ من صاحب "النَّهر"[٥]، لا كما يُتوهَّمُ من أنَّه ظاهرُ الرِّواية، فإنَّه قد صرَّحَ في "الخانيَّة"[٦] عن "السَّرخسيِّ"[٧]: ((بأنَّه لم يُنقَلْ عن "أبي حنيفة" في ظاهر الرِّواية في هذا شيءٌ، والصَّحيحُ عنده أنَّ الفسقَ لا يَمنَعُ الكفاءةَ)) اهـ.

وقدَّمنا[٨]: ((أنَّ تصحيح "الهداية" مُعارِضٌ لهذا التَّصحيح)).

[١١٧٨٢] (قولُهُ: ومالاً) أي: في حقِّ العربيِّ والعجميِّ كما مرَّ[٩] عن "البحر"؛ لأنَّ التَّفاخُرَ بالمالِ أكثرُ من التَّفاخُرِ بغيرِهِ عادةً، وخصوصاً في زماننا هذا، "بدائع"[١٠].

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ بتصرف.

(٢) الذي في "البزازية": ((صالحون)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٣/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ.

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣٥٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الأكفاء ٢٥/٥.

(٨) المقولة [١١٧٧٧] قوله: ((ديانة)).

(٩) المقولة [١١٧٧٦] قوله: ((وتعتبر في العرب والعجم إلخ)).

(١٠) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: ومنها المال ٣١٩/٢.

بأنْ يقدرَ على المعجَّلِ ونفقةِ شهرٍ[1][2] لو غيرَ محترفٍ، وإلاَّ فإنْ كان يَكتسِبُ كلَّ يومٍ كفايتَها..

[١١٧٨٣] (قولُهُ: بأنْ يَقدِرَ على المُعجَّلِ إلخ) أي: على ما تَعارَفُوا تعجيلَهُ من المهرِ وإنْ كان كلُّهُ حالاً، "فتح"[3]. فلا تُشترَطُ القدرةُ على الكلِّ، ولا أنْ يُساوِيَها في الغِنى في ظاهر الرِّواية، وهو الصَّحيحُ، "زيلعي"[4][5]. ولو صبيّاً فهو غنيٌّ بغِنى أبيه أو أُمِّهِ أو جَدِّه كما يأتي[6]. وشمل ما لو كان عليه دَيْنٌ بقَدْرِ المهر، فإنَّه كفءٌ؛ لأنَّ له أنْ يقضيَ أيَّ الدَّيْنين شاءَ كما في "الولوالجيَّة"[7]، وما لو كانَتْ فقيرةً بنتَ فقراءَ كما صرَّحَ به في "الواقعات" مُعلِّلاً: ((بأنَّ المهر والنَّفقةَ عليه، فيُعتبَرُ هذا الوصفُ في حقِّهِ))، وما لو كان ذا جاهٍ كالسُّلطانِ والعالِم، قال "الزَّيلعيُّ"[8]: ((وقيل: يكونُ كفئاً وإنْ لم يَملِكْ إلاَّ النَّفقةَ؛ لأنَّ الخَلَل يَنجَبِرُ به، ومِن ثَمَّ قالوا: الفقيهُ العجميُّ كفءٌ للعربيِّ الجاهل)).

[١١٧٨٤] (قولُهُ: ونفقةِ شهرٍ) صحَّحَهُ في "التَّجنيس"، وصحَّحَ في "المجتبى" الاكتفاءَ بالقدرةِ

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ونفقة شهر، وقيل: سنة، وفي "البحر": واختلفوا في قدر النفقة، فقيل: يعتبر نفقة ستة أشهر، وقيل: نفقة شهر)). ق١٥٩/أ.

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: بأن يقدر على المعجل ونفقة شهر إلخ، وروى الحسن عن أبي يوسف: يكون كفؤاً، ولا تعتبر القدرة على المهر والنَّفقة، وفي بعض الروايات تعتبر القدرة على النَّفقة دون المهر، كذا في "الخانية". قال بعض الفضلاء: العاجز عن المعجَّل والنفقة لا يكون كفؤاً للفقيرة، وإنما القادر عليهما هل يكون كفؤا للغنيَّة التي لها أموال كثيرة؟ في قول "أبي يوسف": يكون كفؤا؛ لأنَّ المال غادٍ ورائح، وعندهما: لا يكون كفؤاً؛ لأنَّ النَّاس يفتخرون به ويعيرون بعدمه، انتهى. والفقير ها هنا هو الذي لا يملك المهر لنفسه، لا ألا يساويها في الغنى على المعتمد خلافاً لمن عيَّن مقداراً. وإن كان يقدر على نفقتها بالكسب ولا يقدر على المهر؟ اختلف المشايخ فيه، وأكثرهم لا يكون كفؤاً، كما في "المضمرات")). ق١٥٩/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣/١٩٢ بتصرف يسير.

(٤) ((زيلعي)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٢/١٣٠ بتوضيح من ابن عابدين.

(٦) "در" صـ٣١٨ـ٣١٩ـ.

(٧) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح والرسالة ق٤٧/ب.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٢/١٣٠.

لو تُطِيقُ الجِماعَ (وحرفةً) فمثلُ حائكٍ غيرُ كفءٍ لمثلِ خيَّاطٍ، ولا خيَّاطٌ.........

عليها بالكسب، فقد اختلَفَ التَّصحيحُ، واستظهَرَ في "البحر"[(١)] الثَّانيَ، ووفَّقَ في "النَّهر"[(٢)] بينهما بما ذكرَهُ [٣/ق٧٢/أ] "الشَّارح"، وقال: ((إنَّه أشارَ إليه في "الخانيَّة"[(٣)])).

[١١٧٨٥] (قولُهُ: لو تُطيقُ الجِماعَ) فلو صغيرةً لا تُطيقُهُ فهو كفءٌ وإنْ لم يَقدِرْ على النَّفقةِ؛ لأنَّه لا نفقةَ لها، "فتح"[(٤)]، ومثلُهُ في "الذَّخيرة"[(٥)].

[١١٧٨٦] (قولُهُ: وحِرْفةً) ذكَرَ "الكرخيُّ": أنَّ الكفاءة فيها مُعتبَرةٌ عند "أبي يوسف"، وأنَّ "أبا حنيفة" بَنَى الأمرَ فيها على عادةِ العربِ أنَّ مَواليَهم يعملون هذه الأعمالَ لا يَقصِدُون بها الحِرَفَ فلا يُعيَّرون بها، وأجاب "أبو يوسف" على عادةِ أهلِ البلاد، وأنَّهم يَتَّخِذُون ذلك حِرْفةً، فيُعيَّرُون بالدَّنيِّ منها، فلا يكونُ بينهما خلافٌ في الحقيقةِ، "بدائع"[(٦)]. فعلى هذا لو كان من العربِ[(٧)] من أهلِ البلادِ مَن يَحترِفُ بنفسِهِ تُعتبَرُ فيهم الكفاءةُ فيها، وحينئذٍ فتكونُ مُعتبَرةً بين العرب والعجم.

[١١٧٨٧] (قولُهُ: فمِثْلُ حائكٍ إلخ) قال في "الملتقى" و"شرحه"[(٨)]: ((فحائكٌ، أو حَجَّامٌ، أو كنَّاسٌ، أو دبَّاغٌ، أو حلاَّقٌ، أو بَيْطارٌ، أو حدَّادٌ، أو صفَّارٌ[(٩)] غيرُ كفءٍ لسائرِ الحِرَفِ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣٥٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٢/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((و"شرنبلالية")). ق١٥٩/أ.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما الحرفة ٣٢٠/٢ بتصرف.

(٧) ((من العرب)) ساقط من "آ".

(٨) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٩) الذي في "الدر المنتقى": ((أو خفاف)).

....

كعطَّارٍ، أو بزَّازٍ، أو صرَّافٍ[١]، وفيه إشارةٌ إلى أنَّ الحِرَف جنسان ليس أحدُهما كفئاً للآخرِ، لكنَّ أفراد كلٍّ منها كفءٌ لجنسِها، وبه يُفتَى، "زاهدي")) اهـ، أي: أنَّ الحِرَف إذا تباعَدَتْ لا يكونُ أفرادُ إحداها كفئاً لأفرادِ الأخرى، بل أفرادُ كلٍّ واحدةٍ أكْفاءُ بعضِهم لبعضٍ، وأفاد ـ كما في "البحر"[٢] ـ: ((أنَّه لا يَلزَمُ اتِّحادُهما في الحِرْفة، بل التَّقاربُ كافٍ، فالحائكُ كفءٌ لحجَّامٍ، والدَّبَّاغُ كفءٌ لكنَّاسٍ والصَّفَّارُ كفءٌ لحدَّادٍ، والعطَّارُ كفءٌ لبزَّازٍ، قال "الحلوانيُّ": وعليه الفتوى، وفي "الفتح"[٣]: أنَّ المُوجِب هو استنقاصُ أهلِ العُرْفِ، فيَدُورُ معه، وعلى هذا ينبغي أنْ يكونَ الحائكُ كفئاً للعطَّارِ بالإسكندريَّة لِما هناك من حُسْنِ اعتبارِها وعدمِ عَدِّها نقصاً ألبتَّة، اللَّهمَّ إلاَّ أنْ يقترنَ بها خساسةُ غيرِها)) اهـ. فأفادَ أنَّ الحِرَفَ إذا تقارَبَتْ أو اتَّحَدَتْ يجبُ اعتبارُ التَّكافُؤِ من بقيَّةِ الجهاتِ، فالعطَّارُ العجميُّ غيرُ كفءٍ لعطَّارٍ أوْ بزَّازٍ عربيٍّ أوْ عالِمٍ. ٣٢١/٢

بقي النَّظَرُ في نحوِ دبَّاغٍ أو حلاَّقٍ عربيٍّ، هل يكونُ كفئاً لعطَّارٍ[٤] أو بزَّازٍ عجميٍّ؟ والذي يظهرُ لي أنَّ شرف النَّسَب أو العِلْم يَجبُرُ نقصَ الحِرْفةِ، بل يَفُوقُ سائرَ الحِرَفِ، فلا يكونُ نحوُ العطَّارِ العجميِّ الجاهلِ كفئاً لنحوِ حلاَّقٍ عربيٍّ أو عالِمٍ، ويُؤيِّدُهُ ما في "الفتح"[٥]: ((أنَّه رُوِيَ عن "أبي يوسف" أنَّ الذي أسلَمَ بنفسِهِ أو عتَقَ إذا أحرَزَ من الفضائل ما يُقابِلُ نسبَ الآخرِ كان كفئاً له)) اهـ، فليُتأمَّل.

---

(١) في النسخ جميعها: ((أو صوَّاف))، وما أثبتناه من "الدر المنتقى شرح الملتقى".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٣/٣.

(٤) من ((أو بزاز)) إلى ((لعطار)) ساقط من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

لبزَّازٍ وتاجرٍ، ولا هما لعالِمٍ وقاضٍ، وأمَّا أَتْباعُ الظَّلَمةِ.........................

[١١٧٨٨] (قولُهُ: لبزَّازٍ) قال في "القاموس"[1]: ((البَزُّ: الثِّيابُ أو متاعُ البيت من الثِّيابِ ونحوِها، وبائعُهُ البَزَّازُ، وحِرْفَتُهُ البزازةُ)) اهـ "ط"[2].

[١١٧٨٩] (قولُهُ: ولا هما لعالِمٍ وقاضٍ) [٣/ق٧٢/ب] قال في "النَّهر"[3]: ((وفي "البناية"[4] عن "الغاية": الكنَّاسُ، والحَجَّامُ، والدَّبَّاغُ، والحارسُ، والسَّائسُ، والرَّاعي، والقَيِّمُ ـ أي: البلاَّنُ في الحمَّام[5] ـ ليس كفئاً لبنتِ الخَيَّاطِ، ولا الخَيَّاطُ لبنتِ البزَّاز والتَّاجر، ولاهما لبنتِ عالِمٍ وقاضٍ، والحائكُ ليس كفئاً لبنتِ الدِّهْقانِ وإنْ كانَتْ فقيرةً، وقيل: هو كفءٌ اهـ. وقد غلَبَ اسمُ الدِّهْقانِ على ذي العقارِ الكثير كما في "المغرب"[6])) اهـ.

قلت: والظَّاهرُ أنَّ نحوَ الخَيَّاط إذا كان أستاذاً يتقبَّلُ الأعمالَ وله أُجَراءُ يَعمَلون له يكونُ كفئاً لبنتِ البزَّازِ والتَّاجرِ في زماننا كما يُعلَمُ من كلام "الفتح" المارِّ[7]؛ إذ لا يُعَدُّ في العُرْف ذلك نقصاً، تأمَّل. وما في "شرح الملتقى"[8] عن "الكافي": ((من أنَّ الخَفَّاف ليس بكفءٍ للبزَّاز والعطَّار)) فالظَّاهرُ أنَّ المراد به مَن يَعمَلُ الأخفافَ أو النِّعالَ بيدِهِ، أمَّا لو كان أستاذاً له أُجَراءُ أو يشتريها مَخِيطةً ويبيعُها في حانوتِهِ فليس في زماننا أنقصَ من البزَّاز والعطَّار. قال "ط"[9]:

---

(١) "القاموس": مادة((بزز)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٤/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.

(٤) "البناية": كتاب النكاح ـ باب في الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٦٢٩/٤ـ٦٣٠.

(٥) ها هنا تحريف في مطبوعة "البناية"، فليتنبه.

(٦) "المغرب": مادة ((دهقن))، وعبارته: ((وقد غلب على أهل الرساتيق من كفار العجم، ثم قيل لكلِّ مَن له عقار كثير)).

(٧) المقولة [١١٧٨٧] قوله: ((فمثل حائك إلخ)).

(٨) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٩) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٤/٢.

فأخَسُّ من الكلِّ،..

((وأطلقوا في العالِمِ والقاضي، و لم يُقيِّدوا العالِمَ بذي العَمَلِ ولا القاضيَ بمَن لا يَقبَلُ الرَّشوةَ، والظَّاهرُ التَّقييدُ؛ لأنَّ القاضيَ حينئذٍ ظالِمٌ، ونحوُهُ العالِمُ غيرُ العامل، وليحرَّر)) اهـ.

قلت: ولعلَّهم أطلقُوا ذلك لعلمِهِ من ذكرِهم الكفاءةَ[1] في الدِّيانة، فالظَّاهرُ حينئذٍ أنَّ العالِمَ والقاضيَ الفاسقين لا يكونان كُفْئين لصالحةٍ بنتِ صالحين؛ لأنَّ شرَفَ الصَّلاح فوقَ شرف العلمِ والقضاء مع الفسقِ.

[١١٧٩٠] (قولُهُ: فأَخَسُّ من الكلِّ) أي: وإنْ كان ذا مروءةٍ وأموالٍ كثيرةٍ؛ لأنَّه من آكلي دماءِ النَّاس وأموالِهم كما في "المحيط"[2]، نعم بعضُهم أكفاءُ بعضٍ، "شرح الملتقى"[3]. وفي "النَّهر"[4] عن "البناية"[5]: ((في مصرَ جنسٌ هو أَخَسُّ من كلِّ جنسٍ، وهم الطَّائفةُ الذين يُسمَّون بالسَّراباتيَّة[6])) اهـ.

قلت: مفهومُ التَّقييدِ بالأَتْباع أنَّ المتبوع كأميرٍ وسلطانٍ ليس كذلك؛ لأنَّه أشرفُ من التَّاجر عُرْفاً كما يفيدُهُ ما يأتي[7] في "الشَّارح" عن "البحر"، وقد علمتَ أنَّ المُوجبَ هو استنقاصُ

(قولُهُ: قلتُ: مفهومُ التَّقييد بالاتِّباع أنَّ المتبوعَ، كأميرٍ وسُلْطانٍ ليس كذلك إلخ) بل يقالُ: يُفهمُ أنَّ الأميرَ كذلك بالأولى، تأمَّل.

(قولُهُ: وقد علمتَ أنَّ المُوجبَ هو استنقاصُ أهل العُرْف إلخ) الظَّاهرُ أنَّ المَدارَ على استنقاص أهل العُرْف ممَّن يُعْتدُّ بهم من أصحاب الرَّأي السَّديد الموافقِ لِما جاء به الشَّرعُ، وإلاَّ لَزِمَ هدْمُ كثيرٍ من مسائل الكفاءة المذكورةِ في كُتُب الفِقْه، ولَزِمَ عدمُ اعتبار الدِّيانة والنَّسَب بل يلزمُ أنَّ المُعتبرَ كثرةُ المال والجاه، تأمَّل.

---

(١) من ((العالم غير العامل)) إلى ((الكفاءة)) ساقط من "آ".

(٢) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الكفاءة ١/ق ١٩١/ب.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: تعتبر الكفاءة ٣٤٢/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.

(٥) "البناية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٦٣٠/٤.

(٦) الذي في مخطوطة "النهر": ((السريانية))، وفي مطبوعة "البناية": ((السرابانية)).

(٧) "در" ٣١١/٢ ـ ٣١٢.

وأمَّا الوظائفُ فمِنَ الحِرَفِ، فصاحبُها كفءٌ للتَّاجرِ لو غيرَ دنيئةٍ كبوابَةٍ، وذو تدريسٍ

أهلِ العُرْفِ فيَدُورُ معه، فعلى هذا مَن كان أميراً أو تابعاً له، وكان ذا مالٍ ومروءةٍ وحشمةٍ بين النَّاس لا شكَّ أنَّ المرأةَ لا تتعيَّرُ به في العُرْفِ كتعيُّرِها بدبَّاغٍ وحائكٍ ونحوِهما فضلاً عن سراباتيٍّ يَنزِلُ كلَّ يومٍ إلى الكَنِيفِ ويَنقُلُ نجاستَهُ في بيتِ مسلمٍ وكافرٍ وإنْ كان قاصداً بذلك تنظيفَ النَّاسِ أو المساجدِ من النَّجاسات وكانَ الأميرُ أو تابعُهُ آكلاً أموالَ النَّاس؛ لأنَّ المدار هنا على النَّقصِ والرِّفعةِ [٣/ق٧٣/أ] في الدُّنيا، ولهذا لَمَّا قال "محمَّدٌ": لا تُعتبَرُ الكفاءةُ في الدِّيانة؛ لأنَّها من أحكامِ الآخرة، فلا تُبنَى عليها أحكامُ الدُّنيا قالوا في الجوابِ عنه: إنَّ المُعتبَرَ في كلِّ موضعٍ ما اقتضاهُ الدَّليلُ من البناءِ على أحكامِ الآخرة وعدمِهِ، بل[1] اعتبارُ الدِّيانةِ مبنيٌّ على أمرٍ دنيويٍّ، وهو تعييرُ بنتِ الصَّالحين بفسقِ الزَّوج.

قلت: ولعلَّ ما تقدَّمَ[2] عن "المحيط": ((من أنَّ تابعَ الظَّالِمِ أخسُّ من الكلِّ)) كان في زمنِهم الذي الغالبُ فيه التَّفاخُرُ بالدِّينِ والتَّقوى، دون زمانِنا الغالبِ فيه التَّفاخُرُ بالدُّنيا، فافهم، والله أعلم.

[١١٧٩١] (قولُهُ: وأمَّا الوظائفُ) أي: في الأوقافِ، "بحر"[3].

[١١٧٩٢] (قولُهُ: فمِن الحِرَفِ) لأنَّها صارَتْ طريقاً للاكتسابِ في مصرَ كالصَّنائعِ، "بحر"[4].

[١١٧٩٣] (قولُهُ: لو غيرَ دنيئةٍ) أي: عُرْفاً كبِوابةٍ، وسِواقةٍ، وفِراشةٍ، ووِقادةٍ، "بحر"[5].

[١١٧٩٤] (قولُهُ: فذو تَدْرِيسٍ) أي: في علمٍ شرعيٍّ.

---

(١) في "آ": ((بلا))، وهو خطأ.

(٢) في هذه المقولة.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣ .

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣ بتصرف.

أو نظرٍ كفءٌ لبنتِ الأميرِ بمصرَ، "بحر"[(١)].

(و) الكفاءةُ (اعتبارُها عندَ) ابتداءِ (العقدِ، فلا يضُرُّ زوالُها بعده) فلو كان وقتَهُ كفئاً، ثمَّ فجَرَ لم يُفسَخْ،..........................

[١١٧٩٥] (قولُهُ: أو نَظَرٍ) هو بحثٌ لصاحب "البحر"[(٢)]، لكنَّه الآن ليس بشريفٍ، بل هو كآحادِ النَّاس، وقد يكونُ عتيقاً زنجيّاً، وربما أكَلَ مالَ الوقفِ وصرَفَهُ في المُنكَراتِ، فكيف يكونُ كفئاً لِمَن ذُكِرَ؟! اللَّهمَّ إلاَّ أنْ يُقيَّدَ بالنَّاظرِ ذي المروءةِ وبناظرِ نحوِ مسجدٍ، بخلاف ناظرِ وقفٍ أهليٍّ بشرطِ الواقف، فإنَّه لا يَزْدادُ رفعةً بذلك، ط[(٣)].

[١١٧٩٦] (قولُهُ: كفءٌ لبنتِ الأميرِ بمصرَ) لا يخفى أنَّ تخصيص بنتِ الأميرِ بالذِّكر للمبالغةِ، أي: فيكونُ كفئاً لبنتِ التَّاجرِ بالأَولى، فيُفيدُ أنَّ الأميرَ أشرفُ من التَّاجرِ كما هو العرفُ، وهذا مُؤيِّدٌ لبحثِنا السَّابقِ كما نبَّهنا[(٤)] عليه.

[١١٧٩٧] (قولُهُ: اعتبارُها عند ابتداءِ العَقْدِ) قلت: يَرِدُ عليه ما في "الذَّخيرة": ((حَجَّامٌ تزوَّجَ امرأةً مجهولةَ النَّسَبِ، ثمَّ ادَّعاها قُرَشيٌّ وأثبَتَ أنَّها بنتُهُ له أنْ يُفرِّقَ بينهما، وأمَّا لو أقرَّتْ بالرِّقِّ لرجلٍ لم يكن له إبطالُ النِّكاح)) اهـ.

وقد يجابُ بأنَّ ثبوت النَّسبِ لَمَّا وقَعَ مُستنِداً إلى وقتِ العُلُوقِ كان عدمُ الكفاءةِ موجوداً وقتَ العَقْد، لا أنَّها كانت موجودةً ثمَّ زالَتْ حتَّى ينافيَ كونَ العِبرة لوقتِ العَقْد، وأمَّا مسألةُ الإقرارِ فلأنَّ إقرارَها يَقتصِرُ عليها، فلا يُلزَمُ الزَّوجُ بِمُوجَبِهِ؛ لِما تقرَّرَ أنَّ الإقرار حُجَّةٌ قاصرةٌ على المُقِرِّ. ٣٢٢/١

[١١٧٩٨] (قولُهُ: ثُمَّ فَجَرَ) الأَولى أنْ يقول: ثمَّ زالَتْ كفاءتُهُ؛ لأنَّ الفُجُورَ يُقابِلُ الدِّيانةَ، وهي إحدى ما يُعتبَرُ في الكفاءة، "ط"[(٥)].

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٤/٢ بتصرف.

(٤) المقولة [١١٧٩٠] قوله: ((فأحسنُ من الكل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٤/٢.

وأمَّا لو كان دبَّاغاً فصار تاجراً فإنْ بقيَ عارُها لم يكن كفئاً، وإلاَّ لا، "نهر"[١] بحثاً.

(العَجَميُّ لا يكونُ كفئاً للعربيَّةِ ولو) كان العَجَميُّ (عالِماً) أو سلطاناً (وهو الأصحُّ) "فتح" عن "الينابيع". وادَّعَى في "البحر"[٢]: ((أنَّه ظاهرُ الرِّوايةِ))، وأقرَّهُ "المصنِّف"، لكنْ في "النهر"[٣]: ((إنْ فُسِّرَ الحسيبُ بذي المنصِبِ والجاهِ فغيرُ كفءٍ للعَلَويَّةِ كما في "الينابيع"، وإنْ بالعالِمِ فكفءٌ؛ لأنَّ شرف العِلم فوق شرفِ النَّسب

[١١٧٩٩] (قولُهُ: وأمَّا لو كان دَبَّاغاً إلخ) هذا فَرَّعَهُ [٣/ق٧٣/ب] صاحبُ "البحر"[٤] على ما تقدَّمَ[٥]: ((بأنَّه ينبغي أنْ يكون كفئاً))، ثمَّ استدرَكَ عليه بمخالفتِهِ لقولهم: إنَّ الصَّنعةَ ـ وإنْ أمكَنَ تركُها ـ يبقى عارُها، ووفَّقَ في "النَّهر"[٦] بقوله: ((ولو قيل: إنَّه إنْ بقيَ عارُها لم يكن كفئاً، وإنْ تناسَى أمرَها لتقادُمِ زمانِها كان كفئاً لكان حسناً)) اهـ.

[١١٨٠٠] (قولُهُ: لكنْ في "النَّهر"[٧] إلخ) حيث قال: ((ودَلَّ كلامُهُ على أنَّ غير العربيِّ

(قولُ "المُصنِّف": وهو الأصحُّ إلخ) نحوَه في "القهستاني" عن "المُضْمَرات"، وفي "البِرْجَندي": ((الأصحُّ أنَّ ذا الجاه كالسُّلْطان والعالِم لا يكونُ كُفْؤاً للعلَويَّة)) اهـ "سِنديّ". وعبارةُ "القُهستانيّ": ((فلا يكونُ العالِمُ ولا الوجيهُ كالسُّلْطان كُفْؤَ العلَويَّة وهو الأصحُّ كما في "المُضْمَرات"))، لكن في "المحيط" وغيره: ((أنَّ العالِمَ كُفْؤٌ للعلَويَّة؛ إذ شرفُ العِلْم فوق شَرَف النَّسَب)) اهـ. وعبارةُ "الفتح": ((وفي "المحيط" عن "صَدْر الإسلام": الحسيبُ هو الَّذي له جاهٌ وحُشْمةٌ ومَنْصبٌ، وفي "الينابيع": والأصحُّ أنَّه ليس كُفْؤاً للعلَويَّة)) اهـ.

(قولُهُ: هذا فرَّعَه صاحبُ "البحر" على ما تقدَّم إلخ) أي مِن اعتبارِها وقتَ العَقْد.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.
(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤٠.
(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.
(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤٣.
(٥) "در" صـ٣١١ـ وما بعدها.
(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.
(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.

....

لا يُكافِئُ العربيَّ وإنْ كان حَسِيباً، لكنْ في "جامع قاضي خان"[١]: قالوا: الحسيبُ يكونُ كفئاً للنَّسِيبِ، فالعالِمُ العجميُّ يكونُ كفئاً للجاهلِ العربيِّ والعَلَويَّةِ؛ لأنَّ شرف العلم فوق شرفِ النَّسَبِ. وارتضاه في "فتح القدير"[٢]، وجزَمَ به "البزَّازيُّ"[٣]، وزاد: والعالِمُ الفقيرُ يكونُ كفئاً للغنيِّ الجاهل. والوجهُ فيه ظاهرٌ؛ لأنَّ شرف العلم فوقَ شرفِ النَّسب، فشرفُ المالِ أَولى، نعم الحسبُ قد يُرادُ به المَنصِبُ والجاهُ كما فسَّرَهُ به في "المحيط" عن "صدر الإسلام"، وهذا ليس كفئاً للعربيَّةِ كما في "الينابيع")) اهـ كلامُ "النَّهر" ملخَّصاً.

أقول: حيث كان ما في "الينابيع" من تصحيحِ عدم كفاءة الحسيب للعربيَّةِ مبنيّاً على تفسيرِ الحسيب بذي المَنصِبِ والجاهِ لم يصحَّ ما ذكرَهُ "المصنِّف" من تصحيحِ عدم الكفاءة في العالِمِ وعزوِهِ في "شرحه"[٤] إلى "الينابيع"، وذكَرَ "الخيرُ الرَّمليُّ" عن "مجمع الفتاوى": ((العالِمُ يكونُ كفئاً للعلويَّة؛ لأنَّ شرف الحَسَب أقوى من شرف النَّسب، وعن هذا قيل: إنَّ "عائشةَ" أفضلُ من "فاطمة"؛ لأنَّ لـ"عائشةَ" شرفَ العلم، كذا في "المحيط"[٥]))، وذكَرَ أيضاً: ((أنَّه جزَمَ به في "المحيط"، و"البزَّازيَّة"[٦]، و"الفيض"، و"جامع الفتاوى"، وصاحب "الدُّرر"[٧]))، ثمَّ نقَلَ عبارةَ "المصنِّف" هنا، ثمَّ قال: ((فتحرَّرَ أنَّ فيه اختلافاً، ولكن حيث صَحَّ أنَّ ظاهرَ الرِّواية أنَّه لا يُكافِئُها فهو المذهبُ، خصوصاً وقد نَصَّ في "الينابيع" أنَّه الأصحُّ)) اهـ.

أقول: قد علمتَ أنَّ ما صحَّحَهُ في "الينابيع" غيرُ ما مَشَى عليه "المصنِّفُ"، وأمَّا ما ذكَرَهُ من ظاهرِ الرِّواية فقد تَبِعَ فيه "البحرَ"[٨]، وقولُ "الشَّارح": ((وادَّعى في "البحر" إلخ)) يفيدُ

---

(١) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب في الأكفاء ق٨٦/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٠/٣.

(٣) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الكفاءة ١/ق ١٢٢/أ.

(٥) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل السادس في الكفاءة ١/ق ١٩١/أ.

(٦) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس في الأكفاء ١١٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب الولي والكفء ٣٤٠/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٠/٣.

والمالِ، كما جزَمَ به "البزَّازيُّ"[(١)]، وارتضاهُ "الكمال" وغيرُهُ))، والوجهُ فيه ظـاهرٌ، ولذا قيل: إنَّ "عائشةَ" أفضلُ من "فاطمةَ" رضي الله عنهما، ذكرَهُ "القهستانيُّ"،..

أنَّ كونَهُ ظاهرَ الرِّواية مجرَّدُ دعوى لا دليلَ عليها سوى قولِهم في المتون وغيرِها: والعربُ أَكْفـاءٌ، أي: فلا يُكافِئُهم غيرُهم، ولا يخفى أنَّ هذا وإنْ كان ظاهرُهُ الإطلاقَ ولكـنْ قيَّـدَهُ المشايخُ بغـير العالِم، وكم له من نظيرٍ، فـإنَّ شـأن مشايخِ المذهـب إفـادةُ قيـودٍ وشـرائطَ لعبـاراتٍ مُطلَقـةٍ [٣/ق٧٤/أ] استنباطاً من قواعدَ كليَّةٍ أو مسائلَ فرعيَّةٍ أو أدلَّـةٍ نقليَّـةٍ، وهنـا كذلـك، فقـد ذكَـرَ في آخرِ "الفتاوى الخيريَّة"[(٢)] ـ في قرشيٍّ جاهلٍ تقدَّمَ في المجلسِ على عالِمٍ ـ: ((أنَّه يَحـرُمُ عليـه؛ إذ كُتُبُ العلماءِ طافحةٌ بتقدُّمِ العالِم على القرشيِّ، ولم يُفرِّقْ ـ سبحانه ـ بين القرشيِّ وغـيرِهِ في قوله: ﴿هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر ـ ٩])) إلخ ما أطالَ به))، فراجعه. فحيث كان شرفُ العِلْم أقوى من شرف النَّسب بدلالةِ الآية وتصريحِهم بذلك اقتضى تقييدَ ما أطلقـوه هنا اعتماداً على فهمِهِ من محلٍّ آخرَ، فلم يكن ما ذكرَهُ المشايخُ مُخالِفـاً لظـاهرِ الرِّوايـة، وكيـف يصحُّ لأحدٍ أنْ يقول: إن مِثْلَ "أبي حنيفة" أو "الحسن البصريِّ" وغيرِهمـا ممـن ليـس بعربـيٍّ إنَّـه لا يكونُ كفئاً لبنتِ قرشيٍّ جاهلٍ أو لبنتِ عربيٍّ بوَّالٍ على عقبيه؟! فلا جـرَمَ أنَّـه جـزَمَ بمـا قالـه المشايخُ صاحبُ "المحيط" وغيرُهُ كما علمتَ، وارتضـاه المحقِّـقُ "ابـنُ الهمـام" وصـاحبُ "النَّهـر"، وتَبِعَهم "الشَّارحُ"، فافهم، والله سبحانه أعلم.

[١١٨٠١] (قولُهُ: ولذا قيل إلخ) أي: لكـونِ شـرف العلـم أقوى قيـل: إنَّ "عائشـة" أفضـلُ لكثرةِ علمها، وظاهرُهُ أنَّه لا يقال: إنَّ "فاطمةَ" أفضلُ من جهةِ النَّسب؛ لأنَّ الكلام مَسُوقٌ لبيـانِ أنَّ شرف العلم أقوى من شرف النَّسب، لكنْ قد يقال بإخراج "فاطمةَ" رضـي الله عنهـا مـن ذلك لتحقُّقِ البُضْعيَّةِ فيها بلا واسطةٍ، ولذا قال الإمامُ "مالكٌ": إنَّهـا بُضعـةٌ منـه ﷺ، ولا أُفضِّـلُ على بُضْعةٍ منه أحداً، ولا يَلزَمُ من هذا إطلاقُ أنَّها أفضلُ، وإلاَّ لَزِمَ تفضيلُ سائرِ بناتِـهِ ﷺ

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس في الأكفاء ٤/١١٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى الخيرية": مسائل شتى ٢/٢٣٤.

والحنفيُّ كفءٌ لبنتِ الشَّافعيِّ، ومتى سُئِلنا عن مذهبِهِ أَجَبْنَـا بمذهبِنـا، كمـا بسَـطَهُ "المصنِّفُ" معزيّاً لـ "جواهرِ الفتاوى"[(١)] ....

على "عائشةَ" بل على الخلفاءِ الأربع، وهو خلافُ الإجماع كما بسَطَهُ "ابن حجرٍ" في "الفتـاوى الحديثيَّة"[(٢)]، وحينئذٍ فما نُقِلَ عن أكثرِ العلماء من تفضيلِ "عائشةَ" محمولٌ على بعضِ الجهـاتِ كالعلم وكونِها في الجنَّةِ مع النَّبيِّ ﷺ، و"فاطمةَ" مع "عليٍّ" رضي الله عنهما، ولهذا قال في "بدء الأمالي"[(٣)]: [وافر]

وللصِّدِّيقـةِ الرُّجْحـانُ فـاعلمْ ... على الزَّهراءِ في بعضِ الخِـلالِ

وقيـل: إنَّ "فاطمـةَ" أفضـلُ، ويمكـن إرجاعُـهُ إلى الأوَّلِ، وقيـل بـالتَّوقُّفِ لتعـارُضِ الأدلَّـةِ، واختارَهُ "الأستروشنيُّ"[(٤)] من الحنفيَّةِ وبعضُ الشافعيَّة كما أوضَحَهُ "منلا علي القاري" في "شرح الفقه الأكبر"[(٥)] و"شرح بدء الأمالي"[(٦)].

[١١٨٠٢] (قولُهُ: والحنفيُّ كفءٌ لبنتِ الشَّافعيِّ إلخ) [٣/ق٧٤/ب] المرادُ بالكفاءةِ هنا

(قولُهُ: المرادُ بالكفاءة هنا صحَّةُ العَقْـد إلخ) الأظهـرُ مـا قالَـه "ط" مِـن أنَّ الأَوْلى لـ"الشَّـارح" أنْ يقولَ: والشَّافعيُّ كُفْؤٌ لبنت الحنفيِّ؛ فإنَّ الأوَّلَ لا وَهْم فيه، وإنَّما نـصَّ على الثَّـاني لأنَّهـم يَنسِبون إلى الشَّافعيَّة أقوالاً ضعيفةً إلخ.

---

(١) ((معزياً لجواهر الفتاوى)) ساقط من "د".

(٢) لم نعثر عليهما في نسخة "الفتاوى الحديثية" التي بين أيدينا.

(٣) انظر "ضوء المعالي شرح بدء الأمالي": صـ١٢١ـ.

(٤) تقدمت ترجمته ٤٦٦/٢.

(٥) "منح الرَّوض الأزهر في شرح الفقه الأكبر": مسألة في بيان أفضلية النساء وبيان مراتبهن صـ٢١٠ـ. وهو للمُلا علي ابن سلطان محمد، نور الدين القاري الهروي (ت١٠١٤هـ). ("كشف الظنون" ١٨٥٩/٢، "خلاصة الأثر" ١٨٥/٣، "البدر الطالع" ٤٤٥/١، "هدية العارفين" ٧٥١/١).

(٦) "ضوء المعالي شرح بدء الأمالي": صـ١٢١ـ.

(القَرَويُّ كفءٌ للمدنيِّ) فلا عبرةَ بالبلد كما لا عبرةَ بالجمال، "خانيَّة"[١]........

صحَّةُ العقدِ، يعني: لو تزوَّجَ حنفيٌّ بنتَ شافعيٍّ نحكُمُ بصحَّةِ العَقْدِ وإنْ كان في مذهب أبيها أنَّه لا يصحُّ العَقْدُ إذا كانت بكراً إلاَّ بمباشرةِ وليِّها؛ لأنَّا نحكُمُ بما نَعتقِدُ صحَّتَهُ في مذهبِنا، قال في "البزَّازيَّة"[٢]: ((وسئل ـ أي: "شيخُ الإسلام" ـ عن بِكرٍ بالغةٍ شافعيَّةٍ زَوَّجَتْ نفسَها من حنفيٍّ أو شافعيٍّ بلا رضى الأبِ هل يصحُّ؟ أجاب: نعم وإنْ كانا يَعتقِدان عدمَّ الصِّحَّة؛ لأنَّا نجيبُ بمذهبنا لا بمذهب الخصم؛ لاعتقادِنا أنَّه خطأٌ يَحتمِلُ الصَّوابَ، وإنْ سُئلنا كيف مذهبُ الشَّافعيِّ فيه؟ لا نُجيبُ بمذهبِهِ)) اهـ. /٣٢٣

وقولُهُ: ((لاعتقادِنا إلخ)) مبنيٌّ على القولِ بأنَّ المقلِّدَ يَلزَمُهُ تقليدُ الأفضلِ ليعتقدَ أرجحيَّةَ مذهبِهِ، والمعتمدُ عند الأصوليِّين خلافُهُ كما بسطناه في صدر الكتاب[٣]. ثمَّ لا يخفى مما ذكرنا أنَّه لا مناسبةَ لذكرِ هذا الفرعِ في الكفاءة، تأمَّل.

[١١٨٠٣] (قولُهُ: القَرَويُّ) بفتح القاف نسبةً إلى القَرْية.

[١١٨٠٤] (قولُهُ: فلا عبرةَ بالبلدِ) أي: بعدَ وجودِ ما مَرَّ[٤] من أنواعِ الكفاءة، قال في "البحر"[٥]: ((فالتاجرُ في القُرى كفءٌ لبنتِ التَّاجرِ في المصرِ للتَّقارُب)).

[١١٨٠٥] (قولُهُ: كما لا عبرةَ بالجَمالِ) لكنَّ النَّصيحةَ أنْ يُراعِيَ الأولياءُ المجانسةَ في الحُسْنِ والجَمال، "هنديَّة"[٦] عن "التَّتارخانيَّة"[٧]، "ط"[٨].

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣٥١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس في الأكفاء ١١٨/٤ بتصرف يسير (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [٣٢٣] قوله: ((قلنا إلخ)) وما بعدها.

(٤) انظر الصحيفات السابقة بدءاً من صحيفة رقم ٢٩٠.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الخامس عشر في الأكفاء ٢٩٢/١.

(٧) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الخامس عشر في الكفاءة ٦٣/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٥/٢.

ولا بالعقلِ ولا بعيوبٍ يُفسَخُ بها البيعُ خلافاً لـ "الشَّافعيِّ"، لكنْ في "النَّهر"[(١)] عن "المرغينانيِّ": ((المجنونُ ليس بكفءٍ للعاقلةِ)).

(وكذا الصبيُّ كفءٌ بغِنى أبيه)..

[١١٨٠٦] (قولُهُ: ولا بالعقلِ) قال "قاضي خان" في "شرح الجامع"[(٢)]: ((وأمَّا العقلُ فلا روايةَ فيه عن أصحابنا المتقدِّمين، واختلَفَ فيه المتأخِّرون)) اهـ، أي: في أنَّه هل يُعتبَرُ في الكفاءةِ أم لا؟

[١١٨٠٧] (قولُهُ: ولا بعُيُوبٍ إلخ) أي: ولا يُعتبَرُ في الكفاءة السَّلامةُ من العيوبِ التي يُفسَخُ بها البيعُ كالجُذامِ، والجُنُونِ، والبَرَصِ، والبَخَرِ، والدَّفَرِ، "بحر"[(٣)].

[١١٨٠٨] (قولُهُ: خلافاً لـ"الشَّافعيِّ") وكذا لـ"محمَّدٍ" في الثَّلاثةِ الأُوَلِ إذا كان بحالٍ لا تُطيقُ المُقامَ معه، إلاَّ أنَّ التَّفريقَ أو الفسخَ للزَّوجة لا للوليِّ كما في "الفتح"[(٤)].

[١١٨٠٩] (قولُهُ: ليس بكفءٍ للعاقلةِ) قال في "النَّهر"[(٥)]: ((لأنَّه يُفَوِّتُ مقاصدَ النِّكاح، فكان أشدَّ من الفقرِ ودناءةِ الحرفةِ، وينبغي اعتمادُهُ؛ لأنَّ النَّاس يُعيِّرون بتزويجِ المجنون أكثرَ من

(قولُهُ: وأما العقلُ فلا روايةَ فيه عن أصحابنا إلخ) وما في "النَّهر" عن "المَرْغينانيِّ" من تخريجات المشايخ فلا يُنافي ما هنا مِن أنَّه لا روايةَ فيه عن أصحابنا، ولا يُنافي هذا ما قاله "محمَّدٌ" من أنَّ لها الفَسْخَ بالعُيُوب الثلاثة؛ لأنَّ الفَسْخَ فيها ليس باعتبار عدم الكفاءة بل باعتبار أنَّ النِّكاحَ يُفْسخُ بهذه العُيُوب كالبيع، ولذا كان لها لا للوليِّ.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.

(٢) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب في الأكفاء ق٨٦/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٣/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٨٨/١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.

أو أمِّه أو جَدِّهِ، "نهر"[١] عن "المحيط" (بالنِّسبةِ إلى المهرِ) يعني: المعجَّلَ كما مَرَّ (لا) بالنِّسبةِ إلى (النَّفقةِ) لأنَّ العادة أنَّ الآباء يتحمَّلون عن الأبناءِ المهرَ لا النَّفقةَ، "ذخيرة".

ذي الحرفةِ الدنيئة)).

[١١٨١٠] (قولُهُ: أو أُمِّهِ أو جَدِّهِ) عزاه في "النَّهر"[٢] إلى "المحيط"، وزاد في "الفتح"[٣] الجَدَّةَ، لكنْ فيه أنَّ اعتبارَهُ كفؤاً بغِنى أبيه مبنيٌّ على ما ذُكِرَ من العادةِ بتحمُّلِ المهر، وهذا مُسلَّمٌ في الأمِّ والجَدِّ، أمَّا الجدَّةُ فلم تَجْرِ العادةُ بتَحَمُّلِها وإنْ وُجِدَ في بعضِ الأوقات، تأمَّل. [٣/ق٧٥/أ]

[١١٨١١] (قولُهُ: كما مَرَّ[٤]) أي: عند قول "المصنِّف": ((ومالاً))

[١١٨١٢] (قولُهُ: لأنَّ العادةَ إلخ) مقتضاه أنَّه لو جرَتِ العادةُ بتحمُّلِ النَّفقةِ أيضاً عن الابنِ الصَّغيرِ كما في زماننا أنَّه يكونُ كفؤاً، بل في زماننا يَتحمَّلُها عن ابنِهِ الكبيرِ الذي في حِجْرِهِ.

والظَّاهرُ أنَّه يكونُ كفؤاً بذلك؛ لأنَّ المقصودَ حصولُ النَّفقةِ من جهةِ الزَّوجِ بملكٍ أو كسبٍ أو غيرِهِ، ويُؤيِّدُهُ أنَّ المتبادر من كلام "الهداية"[٥] وغيرها أنَّ الكلام في مطلقِ الزَّوج

(قولُهُ: أمَّا الجدَّةُ فلم تَجْرِ العادةُ بتحمُّلها إلخ) يُحملُ ما في "الفتح" على أنَّ العادةَ في زمنه تَحمُّلُ الجدَّة وهو كذلك في زماننا عند فَقْد الأب والأُمِّ، خُصُوصاً إذا كان الصغيرُ في حِجْرها، وقال "السِّنْديُّ": ((الظَّاهرُ أنَّ المرادَ الجدُّ والجدَّةُ مِن قِبَل الأب لجريان التَّوارث بينهما)).

(قولُهُ: ويُؤيِّدُه أنَّ المُتبادرَ من كلام "الهداية" وغيرِها أنَّ الكلامَ إلخ) فيه أنَّ حاصلَ ما استظهره إلحاقُ النَّفَقة بالمهر إذا جرَت العادةُ بتحمُّلها، وإلحاقُ الابن الكبير بالصَّغير إذا جرَت العادةُ بتحمُّلها عنه، ومُقتضى إطلاق "الهداية" الزَّوجَ شُمُولُه للكبير في الحُكْم الَّذي ذكرَه وهو أنَّه يُعدُّ غنيّاً بغِنى أبيه بالنِّسبة للمَهْر لا النَّفقةِ، وليس فيه ما يُؤيِّدُ ما بَحثَه من إلحاق النَّفقة بالمَهْر وإلحاقِ الكبير بالصَّغير فيها، تأمَّل.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ١٩٢/١.

(٤) "در" صـ٣٠٥ـ٣٠٦ـ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٢٠١/١.

(ولو نَكَحَتْ بأقلَّ من مهرِها[١] فللوليِّ) العَصَبَةِ.........

صغيراً أو كبيراً، فإنّه قال: ((وعن "أبي يوسف" أنّه اعتبَرَ القدرةَ على النَّفقةِ دون المهر؛ لأنّه تَجري المُسَاهلةُ في المهرِ، ويُعَدُّ المرءُ قادراً عليه بيَسَارِ أبيه)) اهـ.

نعم زادَ في "البدائع"[٢]: ((أنَّ ظاهرَ الرِّوايةِ عدمُ الفَرْقِ بين النَّفقةِ والمهرِ))، لكنْ ما مَشَى عليه "المصنِّفُ" نقَلَ في "البحر"[٣] تصحيحَهُ عن "المجتبى"، ومقتضى تخصيصِهِ بالصبيِّ أنَّ الكبير ليس كذلك، ووجهُهُ أنَّ الصَّغير غنيٌّ بغِنى أبيه في باب الزَّكاة بخلافِ الكبير، لكنْ إذا كان المناطُ جَرَيانَ العادةِ بتَحَمُّلِ الأبِ لا يظهرُ الفَرْقُ بينهما ولا بين المهر والنَّفقة فيهما حيث تُعُورِفَ ذلك، واللهُ تعالى أعلم.

[١١٨١٣] (قولُهُ: بأقلَّ إلخ) أي: بحيث لا يُتغابَنُ فيه، وقدَّمنا[٤] تفسيرَهُ في الباب السَّابق.

[١١٨١٤] (قولُهُ: فللوليِّ العَصَبَةِ) أي: لا غيرِهِ من الأقاربِ، ولا القاضي لو كانت سفيهةً كما في "الذَّخيرة"، "نهر"[٥]. والذي في "الذَّخيرة" من الحَجْر: ((المحجورُ عليها إذا تَزَوَّجَتْ بأقلَّ

(قولُهُ: لكنْ إذا كان المناطُ جَرَيانُ العادة بتحمُّل الأب إلخ) لا يُسلَّمُ له ما بَحثَه في هذه المسألة، فإنَّه لا يلزمُ من عدم وُجُود العلَّة عدمُ وُجُود المَعْلول؛ لاحتمال عِلَّةٍ أُخرى، ولا يلزمُ من وُجُودها في غير المنصوص أنْ يكونَ الحُكْمُ كذلك فيه؛ لاحتمال وُجُود مانعٍ، ويقالُ: إنَّه لَمّا كان أمرُ النَّفقة ضروريّاً ولا يمكنُ تأخيرُها قُلْنا بعدم المُساهلَة، وأنَّه لابُدَّ من القُدْرة بالمِلكِ أو الكسب، بخلاف المَهْر، فأمكن القَوْلُ بالمُساهلَة فيه لا فيها، وربَّما أفاد ذلك قولُهُ: ((لأنَّه تجري المُساهلَةُ في المَهْر، تأمَّل)).

---

(١) في "د": ((من مهر مثلها)).

(٢) انظر "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان ما يعتبر فيه الكفاءة ـ فصل: ومنها المال ٣١٩/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٢/٣.

(٤) المقولة [١١٦٠٢] قوله: ((ولو بغبن فاحش)).

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ق١٧٥/ب.

(الاعتراضُ حتَّى يُتِمَّ) مهرَ مثلِها (أو يُفرِّقَ) القاضي بينهما..........

من مهرِ مثلِها ليس للقاضي الاعتراضُ عليها؛ لأنَّ الحَجْر في المالِ لا في النَّفس)) اهـ "بحر"[1].

قلت: لكنْ في حَجْر "الظَّهيريَّة"[2]: ((إنْ لم يَدخُلْ بها الزَّوجُ قيل له: أَتِمَّ مهرَ مثلِها، فإنْ رَضِيَ، وإلاَّ فُرِّقَ بينهما، وإنْ دخَلَ فعليه إتمامُهُ، ولا يُفرَّقُ بينهما؛ لأنَّ التَّفريق كان للنُّقصانِ عن مهرِ المثل، وقد انعدَمَ حين قُضِيَ لها بمهرِ مثلها[3] بالدُّخول)) اهـ.

[١١٨١٥] (قولُهُ: الاعتراضُ) أفادَ أنَّ العَقْد صحيحٌ، وتقدَّمَ[4] أنَّها لو تَزَوَّجَتْ غيرَ كفءٍ فالمختارُ للفتوى روايةُ "الحسن": أنَّه لا يصحُّ العَقْدُ، ولم أرَ مَن ذكَرَ مثل هذه الرِّوايةِ هنا، ومقتضاه أنَّه لا خلافَ في صحَّةِ العَقْدِ، ولعلَّ وجهه أنَّه يمكنُ الاستدراكُ هنا بإتمامِ مهرِ المثل بخلافِ عدم الكفاءة، والله تعالى أعلم.

[١١٨١٦] (قولُهُ: أو يُفرِّقَ القاضي) في "الهنديَّة"[5] عن "السِّراج": ((ولا تكونُ هذه الفُرقةُ إلاَّ عند القاضي، وما لم يَقْضِ القاضي بالفُرقةِ بينهما فحكمُ الطَّلاقِ والظِّهارِ والإيلاءِ والميراثِ باقٍ)) اهـ.

(قولُهُ: لكن في حَجْر "الظَّهيريَّة": إن لم يَدْخل بها الزَّوجُ إلخ) ما في "الظَّهيريَّة" يُمكنُ تقييدُهُ بعبارة "الذَّخيرة" فيُحملُ على غير القاضي من العَصَبات فلا مُنافاةَ بينهُما، وقد أفادت عبارةُ "الظَّهيريَّة" فائدةً جديدةً وهي: تقييدُ التَّفريق بما قبل الدُّخُول، تأمَّل.

(قولُهُ: ومُقتضاه أنَّه لا خلافَ إلخ) تقدَّم أنَّ مُقتضى العلَّة أنَّه لا فَرْق بين المسألتَيْن.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ٣/١٤٤.

(٢) "الظهيرية": كتاب الحجر ق١٤٤/أ.

(٣) ((بمهر مثلها)) ساقط من "الأصل".

(٤) المقولة [١١٥٠١] قوله: ((بعدم جوازه أصلاً)).

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب الخامس في الأكفاء ١/٢٩٤.

دَفْعاً للعارِ (ولو طلَّقَها) الزَّوْجُ قبل تفريق الوليِّ قبل الدُّخول (فلها نصف المسمَّى) فلو فَرَّقَ الوليُّ بينهما قبل الدُّخول فلا مهرَ لها، وإنْ بعده فلها المسمَّى، وكذا لو مات أحدُهما قبلَ التَّفريقِ فليس للوليِّ المطالبةُ بالإتمامِ لانتهاءِ النِّكاحِ بالموت، "جواهر الفتاوى". (أَمَرَهُ بتزويجِ..

[١١٨١٧] (قولُهُ: دفعاً للعارِ) أشارَ إلى الجوابِ عن قولهما: ليس للوليِّ الاعتراضُ؛ لأنَّ [٣/ق٧٥/ب] ما زادَ على عشرةِ دراهمَ حقُّها، ومَن أسقطَ حقَّهُ لا يُعترَضُ عليه، ولـ"أبي حنيفة" أنَّ الأولياء يَفتخِرُون بغلاءِ المهور، ويَتَعيَّرُون بنقصانِها، فأشبَهَ الكفاءةَ، "بحر"[1]. والمتونُ على قولِ "الإمام".

[١١٨١٨] (قولُهُ: فلها نصفُ المُسمَّى) أي: وليس لهم طلبُ التَّكميلِ؛ لأنَّه عند بقاءِ النِّكاح وقد زالَ.

[١١٨١٩] (قولُهُ: فلا مهرَ لها) لأنَّ الفُرقةَ جاءَتْ مِن قِبَلِ مَن له الحقُّ، وهي فسخٌ، "ط"[2] عن "شرح الملتقى"[3].

[١١٨٢٠] (قولُهُ: فلها المُسمَّى) هذا في غيرِ السَّفيهة، وفيها لا تفريقَ بعد الدُّخولِ، ولَزِمَ مهرُ المثلِ كما علمتَهُ.

[١١٨٢١] (قولُهُ: لانتهاءِ النِّكاحِ بالموتِ) فلا يمكنُ الوليَّ طلبُ الفسخِ، فلا يَلزَمُ الإتمامُ؛ لأنَّه إنَّما يَلتَزِمُهُ الزَّوجُ لخوفِ الفسخِ، وقد زالَ النِّكاحُ بالموت، "ط"[4]. ٣٢٤/٢

مطلبٌ في الوكيلِ والفضوليِّ في النِّكاح

[١١٨٢٢] (قولُهُ: أمرَهُ بتزويجِ إلخ) شروعٌ في بعضِ مسائلِ الوكيلِ والفضوليِّ، وذكَرَها

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الكفاءة ١٤٤/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٥/٢.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ فصل في الكفاءة ٣٤٣/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٥/٢.

امرأةٍ فزَوَّجَهُ أَمَةً جازَ) وقالا: لا يصحُّ،..........................

في باب الوليِّ لأنَّ الوكالة نوعٌ مـن الولايـةِ؛ لنفاذِ تصرُّفِهِ على المُوكِّلِ، ونفاذُ عَقْدِ الفضوليِّ بالإجازة يجعلُهُ في حكمِ الوكيل، وعَقَدَ لذلك في "الكنز"[1] وغيرِهِ فصلاً على حِدَةٍ.

واعلم أنَّه لا تُشترَطُ الشَّهادةُ على الوكالةِ بالنِّكاح بل على عَقْدِ الوكيل، وإنما ينبغي أنْ يُشهِدَ على الوكالةِ إذا خِيفَ جَحْدُ المُوكِّلِ إيّاها، "فتح"[2].

[١١٨٢٣] (قولُهُ: بتزويجِ امرأةٍ) أي: مُنكَّرةٍ، ويأتي[3] محترزُهُ. وأطلَقَ في الأَمَةِ فشَمِلَ المكاتبةَ وأمَّ الولدِ بشرطِ أنْ لا تكون للوكيل للتُّهَمَةِ، وما لو كانت عمياءَ، أو مقطوعةَ اليدين، أو مفلوجةً، أو مجنونةً خلافاً لهما، أو صغيرةً لا تُجامَعُ اتِّفاقاً، وقيل: على الخلافِ، "فتح"[4]. زادَ في "البحر"[5]: ((أو كتابيَّةً، أو مَن حلَفَ بطلاقِها، أو آلى منها، أو في عِدَّةِ المُوكِّل، أو بغُبنٍ فاحشٍ في المهر)).

[١١٨٢٤] (قولُهُ: جازَ) في بعض النُّسخ: ((نفَذَ))، وهي أنسبُ؛ لأنَّ الكلامَ في النَّفاذ لا في الجواز، "ح"[6].

[١١٨٢٥] (قولُهُ: وقالا: لا يصحُّ) أي: إذا رَدَّهُ الآمِرُ، والأَولى التَّعبيرُ بـ: لا يَنفُذُ؛ ليفيدَ أنَّه موقوفٌ، ووجهُ قولِ "الإمام" أنَّ هذا رجوعٌ إلى إطلاقِ اللَّفظ وعدمِ التُّهَمة، ووجهُ قولهما أنَّ المُطلَقَ يَنصرِفُ إلى المتعارَفِ، وهو التَّزوُّجُ بالأكْفاء، وجوابُهُ أنَّ العُرْفَ مُشترَكٌ في تزوُّجِ

(قولُهُ: وجوابُهُ أنَّ العُرْفَ مُشترَكٌ إلخ) نعم وإنْ كان العُرْفُ مُشتركاً إلاَّ أنَّ ما يأتي في توجيه الإستحسان يدُلُّ على اعتماد قولِهما.

---

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ فصل: لابن العم ١٤٩/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠١/٣ ـ ٢٠٢.

(٣) المقولة [١١٨٢٩] قوله: ((كما لو أمره بمعينة)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/٣ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥١/٣ بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ق١٦٢/أ باختصار.

وهو استحسانٌ، "ملتقى"(١) تبعا لـ "الهداية"(٢). وفي "شرح الطحاويّ": ((قولُهما أحسنُ للفتوى))، واختارَهُ "أبو اللّيث"، وأقرَّهُ "المصنِّفُ"، وأجمعوا أنّه لو زوَّجَهُ بنتَهُ الصَّغيرةَ..

المكافئات وغيرِهنَّ، وتمامُهُ في "الفتح"(٣).

[١١٨٢٦] (قولُهُ: وهو استحسانٌ) قال في "الهداية": ((وذكَرَ في الوكالة أنَّ اعتبار الكفاءة في هذا استحسانٌ عندهما؛ لأنَّ كلَّ أحدٍ لا يَعجَزُ عن التّزوُّجِ بمطلقِ الزَّوجةِ(٤)، فكانت الاستعانةُ [٣/ق٧٦/أ] في التّزوُّجِ بالكفء)) اهـ.

قال في "الفتح"(٥): ((وفيه إشارةٌ إلى اختيارِ قولهما؛ لأنَّ الاستحسان مُقدَّمٌ على غيره إلاّ في المسائلِ المعلومةِ، والحقُّ أنَّ قول "الإمام" ليس قياساً؛ لأنّه أخَذَ بنفسِ اللّفظِ المنصوصِ، فكان النَّظرُ في: أيُّ الاستحسانين أولى؟)) اهـ. والمرادُ باللّفظ المنصوص لفظُ المُوكِّل.

[١١٨٢٧] (قولُهُ: بنتَهُ الصَّغيرةَ) فلو كبيرةً برضاها لا يجوزُ عنده خلافاً لهما، ولو زوَّجَهُ أختَهُ الكبيرةَ برضاها(٦) جازَ اتّفاقاً، "بحر"(٧)، ومثلُهُ في "الذّخيرة".

(قولُ "الشّارح": وأجمعوا أنه لو زوَّجَه بنتَه الصغيرةَ أو مُولِّيَته لم يَجُز إلخ) بناءً على أنَّ الوكيلَ لا يَعْقِدُ لمُوكِّله مع نفسه.

(قولُهُ: والحقُّ أنَّ قولَ الإمام ليس قياساً إلخ) فيه أنَّ القياسَ ما كان دليلُهُ جليّاً، والاستحسانُ ما كان دليلُهُ خَفيّاً، وهنا لا شكَّ في ظُهُور دليله وخَفَاءِ دليلِهِما، تأمَّل. على أنَّ "الطَّحَاويَّ" قال: ((قولُهُما أحسنُ للفَتْوى)).

---

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: تعتبر الكفاءة ٢٤١/١.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٤/١.

(٣) انظر "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٢/٣ـ٢٠٣.

(٤) في "الهداية": ((الزوج)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/٣.

(٦) ((برضاها)) ليست في عبارة "البحر".

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥١/٣.

أو مَولِيَّتَهُ لم يَجُزْ، كما لو أمَرَهُ بمعيَّنةٍ أو بِحُـرَّةٍ أو أَمَـةٍ فخـالَفَ، أو أَمَرَتْـهُ بتزويجهـا ولم تُعيِّنْ فزوَّجَها غيرَ كفءٍ...

[١١٨٢٨] (قولُهُ: أو مَوْلِيَّتَهُ) بتشديدِ الياء كمَرْمِيَّةٍ: اسمُ مفعولٍ، أي: التي هـي مَوْلًـى عليهـا من جهتِهِ، أي: له عليها الولايةُ، وهذا عطفُ عامٍّ على خاصٍّ، وذلك كبنتِ أخيه الصَّغيرةِ.

[١١٨٢٩] (قولُهُ: كما لو أمَرَهُ بمعيَّنةٍ) محترزُ قولِ المتن: ((امرأةٍ)) بالتَّنكير، ومثلُهُ ما لـو عيَّـنَ المهرَ كألفٍ فزوَّجَهُ بأكثرَ، فإنْ دخَلَ بها غيرَ عالِمٍ فهو على خيارِهِ، فإنْ فارَقَهـا فلهـا الأقـلُّ مـن المسمَّى ومهرِ المثل، ولو هي المُوكِّلةَ وسَمَّتْ له ألفاً فزوَّجَها، ثمَّ قال الزَّوج ـ ولو بعدَ الدُّخول ـ: تَزَوَّجْتُكِ بدينارٍ، وصدَّقَهُ الوكيلُ إنْ أقرَّ الزَّوجُ أنَّها لم تُوكِّلْ بدينارٍ فهي بالخيارِ، فإنْ رَدَّتْ فلهـا مهرُ المثلِ بالغاً ما بلَغَ، ولا نفقةَ عِدَّةٍ لها؛ لأنَّ بالرَّدِّ تبيَّنَ أنَّ الدُّخـولَ حصَـلَ في نكـاحٍ موقـوفٍ، فيُوجبُ مهرَ المثل دون نفقةِ[١] العِدَّة، وإنْ كذَّبها الزَّوجُ فالقولُ لها مع يمينهـا، فـإنْ رَدَّتْ فبـاقي الجوابِ بحالِهِ[٢]، ويجبُ الاحتياطُ في هذا، فإنَّه ربما يحصُلُ لها منه أولادٌ ثمَّ تُنكِرُ قَدْرَ ما زَوَّجَها به الوكيلُ، ويكونُ القولُ قولَها فتَرُدُّ النِّكاحَ، "فتح"[٣] ملخَّصـاً. قـال في "البزَّازيَّـة"[٤]: ((وهـذا إنْ ذُكِرَ المهرُ، وإنْ لم يُذكَرْ فزوَّجَهُ بأكثرَ من مهرِ المثل بما لا يَتغابَنُ فيه النَّاسُ، أو زَوَّجَهـا بـأقلَّ منه كذلك صَحَّ عنده خلافاً لهما[٥]، لكنْ للأولياءِ حقُّ الاعتراضِ في جانبِ المرأة دفعاً للعارِ عنهم)) اهـ.

(قولُهُ: فإن رُدَّت فلها مهرُ المِثْل بالغاً ما بَلَغ إلخ) الفرْقُ بين هذه والَّتي قبلَها ـ حيثُ وَجَب فيها الأقـلُّ، وهذه وَجَب فيها مهرُ المِثْل بالغاً ما بَلَغ ـ ما في "البحر" عن "الخانيَّة" حيثُ قال: ((لها مهرُ مِثلِها بالغاً ما بَلَـغ، بخلاف ما تقدَّم؛ لأنَّ ثَمَّةَ المرأةُ رَضِيتْ بالمُسمَّى، فإذا بطلَ النِّكاحُ ووَجَب العُقْرُ لا يُزادُ على ما رَضِيتْ به، أما هنا ما رَضِيتْ بالمُسمَّى في العَقْد فكان لها بالغاً ما بَلَغ إلخ)) اهـ.

---

(١) ((نفقة)) ساقطة من "آ".

(٢) في "د" زيادة: ((قال في "التجنيس": ويجب الاحتياط)). ق١٥٩/ب.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/٣-٢٠٤.

(٤) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر في الوكالة فيه ١٣٠/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) الذي في مطبوعة "البزازية": ((خلافهما))، وهو تحريفٌ كما يدلُّ عليه السِّياق.

لم يَجُزِ اتّفاقاً.

(ولو) زَوَّجَهُ المأمورُ بنكاحِ امرأةٍ (امرأتين في عَقْدٍ واحدٍ لا) ينفذُ للمخالفة، وله أنْ يُجيزَهما أو إحداهما، ولو في عَقْدين لَزِمَ الأوَّلُ..........

وانظر ما قدَّمناه[1] في باب الوليِّ.

[١١٨٣٠] (قولُهُ: لم يَجُزِ اتّفاقاً) لأنَّ الكفاءة مُعتبَرةٌ في حقِّها، فلو كان كفئاً إلاّ أنَّه أعمى أو مُقعَدٌ أو صبيٌّ أو معتوهٌ فهو جائزٌ، وكذا لو كان خَصِيّاً أو عِنِّيناً وإنْ كان لها التَّفريقُ بعدَ ذلك، "بحر"[2]. ثمَّ قال: ((ولو زَوَّجَها من أبيه أو ابنِهِ لم يَجُزْ عنده، وفي كلِّ موضعٍ لا يَنفُذُ فعلُ الوكيلِ فالعَقْدُ موقوفٌ على إجازةِ المُوكِّل، وحكمُ الرَّسولِ كحكمِ الوكيل في جميع ما ذكرنا، وتوكيلُ المرأةِ المُتزوِّجةِ بالتَّزويج إذا طُلِّقَتْ [٣/ق٧٦/ب] وانقَضَتْ عِدَّتُها صحيحٌ، كتوكيلِهِ أنْ يُزوِّجَهُ المُتزوِّجةَ، فطُلِّقَتْ وحَلَّتْ فزَوَّجَها فإنَّه صحيحٌ)).

[١١٨٣١] (قولُهُ: بنكاحِ امرأةٍ) نكَّرَها دلالةً على أنَّه لو عَيَّنَها فزَوَّجَها مع أخرى لا يكونُ مخالفاً، بل يَنفُذُ عليه في المعيَّنةِ، وفي "الخانيَّة"[3]: ((وَكَّلَهُ بأنْ يُزوِّجَهُ فلانةً أو فلانةً فأيَّهما زَوَّجَهُ جازَ، ولا يَبطُلُ التَّوكيلُ بهذه الجهالةِ))، "نهر"[4].

[١١٨٣٢] (قولُهُ: للمخالفةِ) تعليلٌ قاصرٌ، وعبارةُ "الهداية"[5]: ((لأنَّه لا وجهَ إلى تنفيذِهما للمخالفة، ولا إلى التَّنفيذِ في إحداهما غيرَ عينٍ للجهالة، ولا إلى التَّعيين لعدمِ الأولويَّة، فتعيَّنَ التَّفريقُ)) اهـ.

[١١٨٣٣] (قولُهُ: وله أنْ يُجيزَهما أو إحداهما) اعترَضَ "الزَّيلعيُّ"[6] بهذا على قولِ

---

(١) المقولة رقم [١١٥٥٢] قوله: ((قيل: يشترط))، و صـ٢٣١ـ (تنبيه).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ٣/١٥١.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة ١/٣٤٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح ق١٧٧/أ.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١/٢٠٣.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيره ٢/١٣٤.

وتوقَّفَ الثَّاني، ولو أَمَرَهُ بامرأتين في عُقْدةٍ، فزَوَّجَهُ واحدةً أو ثِنْتين في عُقْدتين جازَ، إلاَّ إذا قال: لا تُزَوِّجْني إلاَّ امرأتين في عُقْدةٍ أو في عُقْدتين لم تَجُز المخالفةُ...

"الهداية"[1]: ((فتعيَّنَ التَّفريقُ))، وأجاب في "البحر"[2]: ((بأنَّ مرادَهُ عند عدم الإجازة، فإنْ أجازَ نكاحَهما أو إحداهما نفَذَ)).

[١١٨٣٤] (قولُهُ: وتوقَّفَ الثَّاني) لأنَّه فضوليٌّ فيه، "ط"[3].

[١١٨٣٥] (قولُهُ: إلاَّ إذا قال إلخ) في "غاية البيان": ((أَمَرَهُ بامرأتين في عُقْدةٍ فزَوَّجَهُ واحدةً جاز، إلاَّ إذا قال: لا تُزوِّجْني إلاَّ امرأتين في عُقْدةٍ فلا يجوزُ)) اهـ، أي: لا يجوزُ أنْ يُزوِّجَهُ واحدةً، فلو زَوَّجَهُ ثنتين في عُقْدتين فالظَّاهرُ عدمُ الجواز؛ لأنَّ قولـه: ((في عُقْدةٍ)) داخلٌ تحت الحَصْرِ، وهو المفهومُ من كلام "الشَّارح". ٣٢٥/٢

وفي "المحيط": ((أَمَرَهُ بامرأتين في عُقْدةٍ، فزَوَّجَهما في عُقْدتين جازَ، وفي: لا تُزوِّجْني امرأتين إلاَّ في عُقْدتين[4] فزَوَّجَهما في عُقْدةٍ لا يجوزُ، والفَرْقُ: أنه في الأوَّلِ أثبتَ الوكالةَ حالةَ الجمع ولم يَنْفِها حالةَ التَّفرُّدِ نصّاً بل سكَتَ، والتَّنصيصُ على الجمعِ لا ينفي ما عداه، وفي الثَّاني نفاها حالةَ التَّفرُّدِ، والنَّفيُ مفيدٌ لِما في الجمعِ من تعجيل مقصودِهِ[5]، فلم يَصِرْ وكيلاً حالةَ الانفرادِ[6])) اهـ.

والظَّاهر: أنَّ في صورةِ النَّفي هذه لو زَوَّجَهُ امرأةً يصحُّ، ولا يتوقَّفُ على تزويج الثَّانيةِ

(قولُهُ: وفي: لا تُزوِّجْني امرأتَيْن إلاَّ في عُقْدتين فزوَّجهما في عُقْدةٍ لا يجوزُ إلخ) هكذا عبارةُ "البحر" عن "المحيط"، ولعلَّ أصلَها: إلاَّ في عُقْدةٍ فزوَّجهما في عُقْدتين؛ بدليل ما ذكرهُ من الفَرْق.

---

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥٠/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٤) ((إلا في عقدتين)) ساقط من "آ".

(٥) في "د" زيادة: ((فلا بد من مراعاة النفي فلم يصر...)). ق١٥٩/ب.

(٦) في "د" زيادة: (("بحر" عن "المحيط")).

(ولا يتوقَّفُ الإيجابُ على قَبُولِ غائبٍ عن المجلسِ في سائرِ العُقُودِ) مِن نكاحٍ وبيعٍ وغيرِهما، بل يبطُلُ الإيجابُ،...

في عَقْدٍ آخر، وكذا في صورة النَّفي في كلام "الشَّارح"، وهي: لا تُزوِّجْني إلاَّ امرأتين في عُقْدتين، وهو خلافُ المفهومِ من كلامِهِ، فتأمَّل.

[١١٨٣٦] (قولُهُ: على قبولِ غائبٍ) أي: شخصٍ غائبٍ، فإذا أوجَبَ الحاضرُ وهو فضوليٌّ من جانبٍ أو من الجانبين لا يَتوقَّفُ على قبولِ الغائب، بل يَبطُلُ وإنْ قَبِلَ العاقدُ الحاضرُ بأنْ تكلَّمَ بكلامين كما يأتي[١]. وقيَّدَ بالغائبِ لأنَّه لو كان حاضراً فتارةً يَتوقَّفُ كالفضوليَّين، وتارةً يَنفُذُ بأنْ لم يكن فضوليّاً ولو من جانبٍ كما في الصُّورِ الخمسِ الآتية[٢].

[١١٨٣٧] (قولُهُ: في سائرِ العُقُودِ) قال "المصنِّفُ" في "المنح"[٣]: ((هو أَولى مما وقَعَ في "الكنز"[٤] من قولِهِ: على قَبُولِ [٣/ق٧٧/أ] ناكحٍ غائبٍ؛ لأنَّه ربما أفهَمَ الاختصاصَ بالنِّكاح وليس كذلك)).

[١١٨٣٨] (قولُهُ: بل يَبطُلُ) لَمَّا كان يُتوهَّمُ من عدم التَّوقُّفِ أنَّه تامٌّ اكتفاءً بالإيجابِ وحده

(قولُهُ: وهو خلافُ المفهوم من كلامه إلخ) فيه أنَّه في الصُّورة الأُولى من "الشَّارح" أَثْبتَ له وَلايةَ جَمْعِ المَرأَتَيْن في عَقْدٍ واحدٍ ونَفَى التَّفريقَ، فإذا جَمَعهُما في عَقْدٍ نفَذَ، وإذا فرَّق لا ينفُذُ، وفي الثَّانية أَثْبتَها حالةَ الانفراد ونَفَاها حالةَ الجَمْع فبمُجرَّد وُجُود العَقْد على واحدةٍ ينفُذُ لعدم المُخالَفة لوُجُود التَّفريق فلا يَتوقَّف على تزويج الثَّانية، فليس في كلامه ما يدُلُّ على أنَّه إذا زوَّجهُ واحدةً لا ينفُذُ إلاَّ إذا زوَّجه الأُخرى، غايةُ ما أفادَه أنَّه ليس له وَلايةُ الجَمْع فيها.

---

(١) المقولة [١١٨٤٦] قوله: ((وإن تكلَّمَ بكلامين)).

(٢) "در" صـ٣٢٩ـ٣٣٠ـ.

(٣) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الكفاءة ١/ق ١٢٢/ب.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب الأولياء ـ فصل في بيان الوكالة بالنكاح وغيرها ١/ ١٥٠.

ولا تلحقُهُ الإجازةُ اتِّفاقاً.

(ويَتولَّى طرفَي النِّكاحِ واحدٌ) بإيجابٍ يقومُ مَقامَ القَبُولِ في خمسِ صورٍ: كأنْ كان وليّاً، أو وكيلاً من الجانبين[(١)]، أو أصيلاً من جانب ووكيلاً أو وليّاً من آخرَ،

دفَعَ هذا الإيهامَ بالإضراب، ومحلُّ البُطْلانِ إذا لم يَقبَلْ فضوليٌّ عن الغائبِ، أمَّا إذا قَبِلَ عنه توقَّفَ على الإجازة، "ط"[(٢)].

[١١٨٣٩] (قولُهُ: ولا تَلحَقُهُ الإجازةُ) يعني: أنّه إذا بلَغَ الآخرَ الإيجابُ فقَبِلَ لا يصحُّ العَقْدُ؛ لأنَّ الباطل لا يُجازُ، "ط"[(٣)].

[١١٨٤٠] (قولُهُ: يَقُومُ مَقامَ القَبُولِ) كقولِهِ مثلاً: زَوَّجْتُ فلانةً من نفسي، فإنّه يتضمَّنُ الشَّطرين، فلا يحتاجُ إلى القبولِ بعده، وقيل: يُشترَطُ ذكرُ لفظٍ هو أصيلٌ فيه كـ: تَزوَّجْتُ فلانةً، بخلافِ ما هو نائب فيه كـ: زَوَّجتُها من نفسي، وكلامُ "الهداية"[(٤)] صريحٌ في خلافِهِ كما في "البحر"[(٥)] عن "الفتح"[(٦)].

[١١٨٤١] (قولُهُ: وليّاً أو وكيلاً من الجانبين) كـ: زَوَّجْتُ ابني بنتَ أخي، أو زَوَّجْتُ مُوكِّلي فلاناً مُوكِّلتي فلانةَ، قال "ط"[(٧)]: ((ويكفي شاهدان على وكالتِهِ ووكالتِها وعلى العَقْدِ؛ لأنَّ الشَّاهد يتحمَّلُ الشَّهاداتِ العديدةَ)) اهـ. وقدَّمنا[(٨)] أنَّ الشَّهادة على الوكالةِ لا تَلزَمُ إلاَّ عند الجُحُودِ.

[١١٨٤٢] (قولُهُ: ووكيلاً أو وليّاً من آخرَ) كما لو وَكَّلَتْهُ امرأةٌ أنْ يُزوِّجَها من نفسِهِ[(٩)]،

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: كأن كان ولياً أو وكيلاً من الجانبين إلخ، قال "القهستاني": كأن يزوِّج ابنته من ابن أخيه، أو بنت أخيه من ابنه، وهما صغيران. انتهى)). ق١٦٠/أ.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٢٠٣/١.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٥٠/٣ بتصرف.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٧/٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ٤٦/٢.

(٨) المقولة [١١٨٢٢] قوله: ((أمره بتزويج إلخ)).

(٩) في "د" زيادة: ((فرع: وكَّلته أن يزوِّجها منه غداً بعد الظهر فزوَّجه قبل الظهر أو بعد الغد لا يجوز، كذا في "الهندية". =

أو وليّاً من جانبٍ وكيلاً من آخرَ كـ:زَوَّجْتُ بِنْتِي مِن مُوكِّلي (ليس) ذلك الواحدُ (بفضوليٍّ) ولو (مِن جانبٍ) وإنْ تكلَّمَ بكلامين على الرَّاجحِ؛..................

أو كانت له بنتُ عمٍّ صغيرةٌ لا وليَّ لها أقربَ منه فقال: تَزَوَّجْتُ مُوكِّلتِي أو بنتَ عمِّي.

[١١٨٤٣] (قولُهُ: كـ: زَوَّجْتُ بنتِي من[1] مُوكِّلي) مثالٌ للصُّورةِ الخامسةِ، ولا بدَّ من التَّعريف بالاسمِ والنَّسب، وإنما لم يَذكُرْه لأنه مَرَّ بيانُهُ[2].

[١١٨٤٤] (قولُهُ: ليس ذلك الواحدُ) أي: المتولِّي للطَّرفين ((بفضوليٍّ)) كما في الخمسِ المارَّة[3].

[١١٨٤٥] (قولُهُ: ولو مِن جانبٍ) أي: سواءٌ كان فضوليّاً من جانبٍ واحدٍ أو من جانبين، أي: جانبِ الزَّوجِ والزَّوجةِ، فإذا كان فضوليّاً منهما أو كان فضوليّاً من أحدهما، وكان من الآخرِ أصيلاً أو وكيلاً أو وليّاً ففي هذه الأربعِ لا يتوقَّفُ، بل يَبطُلُ عندهما خلافاً لـ"الثَّاني" حيث قال: إنَّه يتوقَّفُ على قبولِ الغائب كما يتوقَّفُ اتِّفاقاً لو قَبِلَ عنه فضوليٌّ آخرُ، والخمسةُ السَّابقةُ[4] نافذةٌ اتِّفاقاً، وبقي صورةٌ عاشرةٌ عقليَّةٌ، وهي الأصيلُ من الجانبين لم يَذكُرْها لاستحالتِها.

[١١٨٤٦] (قولُهُ: وإنْ تكلَّمَ بكلامين) أي: بإيجابٍ وقبول كـ: زَوَّجْتُ فلاناً وقَبِلْتُ عنه[5]، وهذه مبالغةٌ على المفهومِ، وهو أنَّ الواحد لا يَتولَّى طَرَفَيِ النِّكاحِ عندهما إذا كان فضوليّاً

= قلت: ولكن في وكالة "البزازية": الشركة في الأظهر تتوقف، والوكالة لا، حتى لو قال: وكلتك ببيع عبدي اليوم فباعه غداً يجوز. قال: ومثله في "شرح الطحاوي": أنت وكيلي غداً في بيع عبدي هذا صار وكيلاً في الغد وبعده، لا قبله. اهـ فتأمل)). ق١٦٠/أ.

(١) ((من)) ساقطة من "الأصل" و"آ" و"ب".

(٢) "در" صـ٣٢٩ـ٣٣٠ـ.

(٣) "در" صـ٣٢٩ـ وما بعدها.

(٤) "در" صـ٣٢٩ـ وما بعدها.

(٥) في "د" زيادة: ((لم يكن متوقفاً على قولهما، وعند أبي يوسف: يتوقف، لأنه لو كان مأموراً من الجانبين ينعقد، فإذا كان فضولياً يتوقف، ولهما أنَّ الموجود شطرُ العقد، وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس، وهو الحق لاتفاق أهل المذهب في نقل قولهما على أنَّ الفضوليَّ لا يتولى الطرفين. من "البحر" ملخصاً)). ق١٦٠/أ.

لأنَّ[1] قبولَهُ غيرُ مُعتبَرٍ شرعاً؛ لِما تقرَّرَ أنَّ الإيجابَ لا يتوقَّفُ على قبولِ غائبٍ.

(ونكاحُ عبدٍ وأَمَةٍ بغيرِ إذنِ السَّيِّدِ موقوفٌ) على الإجازةِ.................

ولو من جانبٍ، سواءٌ تكلَّمَ بكلامٍ واحدٍ أو بكلامين خلافاً لِما في حواشي "الهداية" و"شرح الكافي": ((من أنَّه إنما يَبطُلُ عندهما إذا تكلَّمَ بكلامٍ واحدٍ، أمَّا [٣/ق٧٧/ب] لو تكلَّمَ بكلامين فإنَّه لا يَبطُلُ، بل يتوقَّفُ على قبولِ الغائب اتِّفاقاً))، وردَّهُ في "الفتح"[2]: ((بأنَّ الحقَّ خلافُهُ، وأنَّه لا وجودَ لهذا القيدِ في كلام أصحابِ المذهب، وإنما المنقولُ أنَّ الفضوليَّ الواحد لا يَتولَّى الطَّرفين عندهما، وهو مطلقٌ)).

[١١٨٤٧] (قولُهُ: لأنَّ قَبولَهُ) أي: الفضوليِّ المتولِّي الطَّرفين.

[١١٨٤٨] (قولُهُ: لِما تقرَّرَ إلخ) حاصلُهُ أنَّ الإيجاب لَمَّا صدَرَ من الفضوليِّ، وليس له قابلٌ في المجلس ـ ولو فضوليّاً آخرَ ـ صدَرَ باطلاً غيرَ مُتوقِّفٍ على قبولِ الغائب، فلا يُفيدُ قبولُ العاقدِ بعده، ولم يَخرُجْ بذلك عن كونِهِ فضوليّاً من الجانبين، قال في "الفتح"[3]: ((إنَّ كون كلامَي الواحدِ عَقْداً تامّاً هو أثرُ كونِهِ مأموراً من الطَّرفين، أو مِن طرفٍ وله ولايةُ الطَّرفِ الآخرِ)).

[١١٨٤٩] (قولُهُ: ونكاحُ عبدٍ) أي: ولو مُدبَّراً أو مكاتباً، "نهر"[4].

[١١٨٥٠] (قولُهُ: وأَمَةٍ) أي: ولو أمَّ ولدٍ، "نهر"[5].

[١١٨٥١] (قولُهُ: على الإجازةِ) أي: إجازةِ السَّيِّد، أو إجازةِ العبدِ بعدَ الإذنِ المتأخِّرِ عن العَقْدِ؛ لِما في "البحر"[6] عن "التَّجنيس": ((لو تزَوَّجَ بغيرِ إذنِ السَّيِّد ثمَّ أَذِنَ لا يَنفُذُ؛ لأنَّ الإذن

---

(١) في "د" و "و": ((إذ)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/٢٠٠ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/٢٠٠.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح ق١٧٦/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل في الوكالة بالنكاح ق١٧٦/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ٣/١٤٨.

(كنكاحِ الفضوليِّ) سيجيءُ في البيوع توقُّفُ عقودِهِ كلِّها إنْ لها مُجيزٌ حالةَ العقدِ، وإلاّ[1] تبطُلُ..

ليس بإجازةٍ، فلا بدَّ[2] من إجازةِ العبدِ العاقدِ وإنْ صدَرَ العَقْدُ منه)) اهـ.

[١١٨٥٢] (قولُهُ: كنكاحِ الفضوليِّ) أي: الذي باشَرَهُ مـع آخرَ أصيلٍ أو وليٍّ أو وكيلٍ أو فضوليٍّ، أمَّا لو تولّى طرفَي العَقْدِ وهـو فضـوليٌّ مـن الجـانبين أو أحدِهمـا فإنّـه لا يتوقَّـفُ خلافـاً لـ"أبي يوسف" كمـا مَرَّ[3]، قـال في "البحـر"[4]: ((الفضـوليُّ: مَـن يتصرَّفُ لغـيرِهِ بغـيرِ ولايـةٍ ولا وكالةٍ، أو لنفسِهِ وليس أهلاً. وإنّما زِدْناهُ ـ أي: قولَهُ: أو لنفسِهِ ـ ليدخلَ نكاحُ العبـدِ بـلا إذنٍ إنْ قلنا: إنَّه فضوليٌّ، وإلاَّ فهو مُلحَقٌ به في أحكامِهِ)) اهـ.

٣٢٦/٠

والصَّبيُّ كالعبدِ، وإنّما قال: ((مَن يَتَصرَّفُ)) لا: مَـن يَعقِـدُ ليَدخُـلَ اليمـينُ، كمـا لـو علَّـقَ طلاقَ زوجةِ غيرِهِ على دخولِ الدَّار مثلاً، فإنّـه يتوقَّـفُ على إجـازةِ الـزَّوج، فـإنْ أجـازَ تَعلَّـقَ، فَتطلُقُ[5] بالدُّخولِ بعد الإجازة لا قبلها ما لم يَقُلِ الزَّوجُ: أَجَزْتُ الطَّلاقَ عليَّ، ولو قال: أَجَزْتُ هذا اليمينَ عليَّ لَزِمَتْهُ اليمينُ، ولا يقعُ الطَّلاق ما لم تَدخُلْ بعد الإجازة كمـا في "الفتـح"[6] عـن "الجامع"[7] و"المنتقى".

[١١٨٥٣] (قولُـهُ: إنْ لهـا مُجيزٌ إلخ) فسَّرَ المجيزَ في "النِّهايـة" بـ: ((قـابلٍ يَقبَـلُ الإيجـابَ سواءٌ كان فضوليّاً أو وكيلاً أو أصيلاً))، وقال فيها في فصل بيع الفضوليِّ: ((لو باعَ الصَّبيُّ مالَهُ،

---

(١) في "ط": ((ولا تبطل)).

(٢) في "آ": ((فلا يعد)) وهو تحريف.

(٣) المقولة [١١٨٤٥] قوله: ((ولو من جانب)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٧/٣.

(٥) ((فتطلق)) ساقطة من "آ".

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ١٩٨/٣.

(٧) "الجامع الكبير": كتاب الطلاق ـ باب الطلاق يكون من غير زوج فيجيزه صـ١٨٣ـ.

....

أو اشتَرَى، أو تزَوَّجَ، أو زَوَّجَ أَمَتَهُ، أو كاتَبَ عبدَهُ ونحوَهُ توقَّفَ على إجازةِ الوليِّ، [٣/ق٧٨/أ] فلو بلَغَ هو فأجازَ نفَذَ. ولو طَلَّقَ، أو خلَعَ، أو أعتَقَ عبدَهُ على مالٍ أو بدونِهِ، أو وَهَبَ، أو تصدَّقَ، أو زَوَّجَ عبدَهُ، أو باعَ مالَهُ بمُحاباةٍ فاحشةٍ، أو اشتَرَى بغُبْنٍ فاحشٍ أو غيرَ ذلك مما لو فَعَلَهُ وليُّهُ لا يَنفُذُ كان باطلاً لعدمِ المُجيز وقتَ العَقْدِ، إلاَّ إذا كان لفظُ الإجازة يصلُحُ لابتداءِ العَقْدِ، فيصحُّ على وجهِ الإنشاء، كأنْ يقولَ بعد البلوغ: أوقعتُ ذلك الطَّلاقَ أو العِتاقَ)) اهـ.

قال في "الفتح"[١]: ((وهذا يُوجبُ أنْ يُفسَّرَ المُجيزُ هنا بمَن يَقدِرُ على إمضاء العَقْدِ، لا بالقابلِ مطلقاً، ولا بالوليِّ؛ إذ لا يتوقَّفُ في هذه الصُّورِ وإنْ قَبِلَ فضوليٌّ آخرُ أو وليٌّ؛ لعدمِ قدرة الوليِّ على إمضائِها، فعلى هذا فما لا مجيزَ له ـ أي: ما ليس له مَن يَقدِرُ على الإجازةِ ـ يَبطُلُ، كما إذا كان تحته حُرَّةٌ فزَوَّجَهُ الفضوليُّ أَمَةً، أو أختَ امرأتِهِ، أو خامسةً، أو مُعتدَّةً، أو مجنونةً، أو صغيرةً يتيمةً في دارِ الحرب، أو إذا لم يكن سلطانٌ ولا قاضٍ لعدم مَن يَقدِرُ على الإمضاءِ في حالةِ العَقْدِ، فوقَعَ باطلاً، حتَّى لو زالَ المانعُ بموتِ امرأتِهِ السَّابقةِ وانقضاءِ عِدَّةِ المعتدَّةِ فأجازَ لا يَنفُذُ، وأمَّا إذا كان فيَجبُ أنْ يتوقَّفَ لوجودِ مَن يَقدِرُ على الإمضاء)) اهـ ملخَّصاً.

وقولُهُ: ((وأمَّا إذا كان)) أي: وُجِدَ سلطانٌ أو قاضٍ في مكان عَقْدِ الفضوليِّ على المجنونةِ أو اليتيمةِ، فيَتوقَّفُ، أي: ويَنفُذُ بإجازتِها بعدَ عقلِها أو بلوغِها؛ لأنَّ وجود المُجيز حالةَ العَقْدِ لا يَلزَمُ كونُهُ من أولياء النَّسب كما تقدَّمَ[٢] في الباب السَّابق قبيل قوله: ((وللوليِّ الأبعدِ التَّزويجُ بغيبةِ الأقربِ)).

(قولُهُ: إلاَّ إذا كان لفظُ الإجازة يَصلُح لابتداء العَقْد فيصحُّ على وَجْه الإنشاء إلخ) سيأتي في أوَّل الطَّلاق أنَّه لو قالَ بعد بُلوغِهِ: أوقعتُه وقَعَ لأنَّه ابتداءٌ إيقاعٌ؛ لأنَّ الضَّميرَ راجعٌ إلى جنس الطَّلاق، ومِثْلُه لو قال: أوقعتُ ذلك الطَّلاقَ، بخلاف قوله: أوقعتُ الَّذي تلفَّظْتُه فإنَّه إشارةٌ إلى المعنى الَّذي حُكِم ببُطْلانه إلخ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/١٩٨ـ١٩٩.

(٢) "در" صـ٢٧٢ـ وما بعدها.

(ولابنِ العمِّ أنْ يُزوِّجَ بنتَ عمِّهِ الصَّغيرةَ) فلو كبيرةً فلا بدَّ من الاستئذان، حتَّى لو تزَوَّجَها بلا استئذانٍ، فسكَتَتْ أو أفصَحَتْ بالرِّضا لا يجوزُ عندهما، وقال "أبو يوسف": يجوزُ، وكذا المولى المعتِقُ والحاكمُ والسلطانُ، "جوهرة"...........

[١١٨٥٤] (قولُهُ: ولابنِ العمِّ إلخ) هذه من فروعِ قولِهِ: ((ويَتَولَّى طَرَفَي النِّكاحِ واحدٌ ليس بفضوليٍّ من جانبٍ))، فيتولاَّه هنا بالأصالةِ من جانبِهِ والولايةِ[1] من جانبِها، ومثلُ الصَّغيرةِ المعتوهةُ والمجنونةُ، ولا يخفى أنَّ المراد: حيث لا وليَّ أقربَ منه.

[١١٨٥٥] (قولُهُ: فلا بدَّ من الاستئذانِ) أي: إذا زَوَّجَها لنفسِهِ لا بدَّ من استئذانِها قبلَ العَقْدِ.

[١١٨٥٦] (قولُهُ: لا يجوزُ عندهما) لأنَّه تَولَّى طَرَفَي النِّكاحِ وهو فضوليٌّ من جانبِها، فلم يتوقَّفْ عندهما بل بطَلَ كما مَرَّ[2]، وإذا لم يتوقَّفْ لا يَنفُذُ بالإجازةِ بعده بالسُّكوتِ أو الإفصاحِ، وهذا إذا زَوَّجَها لنفسِهِ كما قلنا[3]، أمَّا لو زَوَّجَها لغيرِهِ بلا استئذانٍ سابقٍ فسكَتَتْ بِكْراً، أو أفصَحَتْ بالرِّضا ثيِّباً يكونُ إجازةً؛ لأنَّه انعقَدَ موقوفاً؛ لكونِهِ لم يَتَولَّ الطَّرفين بنفسِهِ، [٣/ق٧٨/ب] بل باشَرَ العَقْدَ مع غيرِهِ من أصيلٍ أو وليٍّ أو وكيلٍ أو فضوليٍّ، فتكونُ المسألةُ حينئذٍ من فروعِ قولِهِ: ((كنكاحِ فضوليٍّ)).

[١١٨٥٧] (قولُهُ: "جوهرة"[4]) جميعُ ما تقدَّمَ من قولِهِ: ((ولابنِ العمِّ)) إلى قولِهِ: ((السُّلطانُ))

(قولُ "الشَّارح": وكذا المَوْلى المُعْتِق والحاكِمُ إلخ) قال "الرَّحمتيُّ": ((أي: كما أنَّ ابنَ العَمِّ لا يُزوِّجُ الكبيرةَ من نفسه إلاَّ بعد الاستئذان كذا سائرُ الأولياء، ومنهم المَوْلى المُعْتَقُ والحاكمُ والسُّلْطانُ؛ لأنَّهم لا وَلايةَ لهم مُجبِرةً على الحُرَّة البالغة العاقلة، ولم يَتعرَّض للصَّغيرة، وحُكْمُها: أنَّه يُزوِّجُها من نفسه إذا لم يُوجدْ مانعٌ، كما في القاضي والسُّلْطان)) اهـ. وعلى هذا تكونُ عبارةُ "الجوهرة" مُحرَّرةً.

---

(١) في "آ": ((الوكالة)) وهو تحريف.

(٢) المقولة [١١٨٤٥] قوله: ((ولو من جانب)).

(٣) المقولة [١١٥٤١] قوله: ((ولو زوجها لنفسه)).

(٤) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

يعني: بخلافِ الصَّغيرةِ كما مَرَّ، فليحرَّر..

عبارةُ "الجوهرة"، "ح"[(١)].

[١١٨٥٨] (قولُهُ: يعني: بخلافِ الصَّغيرةِ إلخ) توضيحُهُ: أنَّ قول "الجوهرة"[(٢)]: ((وكذا المولى إلخ)) إشارةٌ إلى أنَّ ذكرَ ابنِ العمِّ أوَّلاً غيرُ قيدٍ، بل المرادُ به مَن له ولايةُ التَّزوُّجِ والتَّزويجِ، وظاهرُهُ أنَّ هذا التَّعميم جارٍ في الصَّغيرةِ والكبيرة، أي: يُزوِّجُ الوليُّ الصَّغيرةَ من نفسِهِ، وكذا الكبيرةُ لكن بالاستئذانِ، وهذا صحيحٌ في الكبيرة، أمَّا الصَّغيرةُ فلا؛ لأنَّه ليس للحاكمِ والسُّلطانِ أنْ يتزَوَّجا[(٣)] صغيرةً لا وليَّ لها غيرُهما؛ لأنَّ فِعْلَهما حكمٌ، فيتعيَّنُ أنْ يكون قولُ "الجوهرة": ((وكذا إلخ)) راجعاً إلى قوله: ((فلو كبيرةً)) لبيانِ تعميم الوليِّ فيها فقط، وهذا معنى قولِ "الشَّارح": ((بخلافِ الصَّغيرةِ كما مَرَّ[(٤)]))، أي: في الفروع من الباب السَّابق في قولِهِ: ((ليس للقاضي تزويجُ الصَّغيرةِ من نفسِهِ إلخ))، لكنْ بعدَ حملِ كلام "الجوهرة" على هذا يبقى فيه إشكالٌ آخرُ، وهو أنَّ الحاكمَ والسُّلطانَ لا يُزوِّجانِ الصَّغيرةَ لأنفُسِهما[(٥)]؛ لأنَّ فعلَهما حكمٌ كما مَرَّ[(٦)]، وهذا لا يَظهَرُ في المَولى المُعتِق، فقِرانُهُ معهما في الذِّكْرِ وإنْ ظهَرَ بالنِّسبةِ إلى الكبيرة لكنَّه لا يَظهَرُ بالنِّسبةِ إلى الصَّغيرةِ المفهومة من التَّقييد بالكبيرة، فلذا قال: ((فليُحرَّر))، فافهم.

والذي يَظهَرُ: أنَّه لا مانعَ من تزوُّجِ المَولى المُعتِقِ مُعتَقَتَهُ الصَّغيرةَ لنفسِهِ حيث لا وليَّ أقربَ منه؛ لأنَّه حينئذٍ هو الوليُّ المُجبِرُ، فيكونُ أصيلاً من جانبِهِ وليّاً من جانبِها كابنِ العمِّ، فيكونُ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب الكفاءة ق١٦٢/أ.

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٣) في "الأصل": ((يزوجا))، وهو خطأ.

(٤) "در" صـ٢٧٠ـ.

(٥) في "م": ((لنفسهما)).

(٦) "در" صـ٢٧٠ـ.

(مِن نفسِهِ) فيكونُ أصيلاً من جانبٍ وليّاً مــن آخرَ (كما للوكيل) الـذي وكّلَتْهُ أنْ يُزوِّجَها من نفسِهِ[1]،..

داخلاً تحت قولهم: ويَتَوَلَّى طَرَفي النّكاحِ واحدٌ ليس بفضوليٍّ من جانبٍ، ولا يُعارِضُ ذلك عبارةُ "الجوهرة" التي هي غيرُ مُحرَّرةٍ؛ إذ لولا وجودُ المانعِ في الحاكم ـ وهو أنَّ فعلَهُ حكمٌ ـ لكان داخلاً تحت هذه القاعدة، ولا مانعَ في المَولى، فيبقى داخلاً تحتها، وأيضاً لو كان المَولى كالحاكم يَلزَمُ أنْ لا يَملِكَ تزويجَها من ابنِهِ ونحوِهِ ممن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له، ويخالفُهُ ما في "الفتح"[2] عن "التَّجنيس": ((لو زَوَّجَ القاضي الصَّغيرةَ التي هو وليُّها من ابنِهِ لا يجوزُ كالوكيلِ بخلاف سائرِ الأولياء؛ لأنَّ تصرُّفَ القاضي حكمٌ، وحكمُهُ لابنِهِ لا يجوزُ بخلاف تصرُّفِ الوليِّ)) اهـ. ٣٢٧/٢

فقولُهُ: ((بخلافِ سائر الأولياء)) يَشمَلُ المَولى المُعتِقَ، فهذا صريحٌ في أنَّه ليس كالقاضي.

(تنبيهٌ)

[٣/ق٧٩/أ] تقدَّمَ[3] أنَّ المُعتِقَ آخرُ العَصَباتِ، وأنَّ له ولايةَ التَّزويجِ ولو كان امرأةً، ثمَّ بنوه وإنْ سَفَلُوا، ثمَّ عَصَبَتُهُ من النَّسب على ترتيبِهم كما في "الفتح"[4]، وحيث علمتَ أنَّ له تزويجَ الصَّغيرةِ لنفسِهِ فكذا بنوه وعَصَباتُهُ، وكذا لو كان امرأةً تُزوِّجُ مُعتَقَها الصَّغيرَ لنفسِها، والله تعالى أعلم.

[١١٨٥٩] (قولُهُ: من نفسِهِ) في "المغرب"[5]: ((زَوَّجْتُهُ امرأةً، وتَزَوَّجْتُ امرأةً، وليس في كلامهم: تَزَوَّجْتُ بامرأةٍ، ولا زَوَّجْتُ منه امرأةً[6])).

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: من نفسه، صوابه: نفسه بإسقاط [من])). ق١٦٠/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣ باختصار.

(٣) المقولة [١١٦٨٠] قوله: ((فيقدم ابن المجنونة على أبيها)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١٨١/٣.

(٥) "المغرب": مادة((زوج)).

(٦) في "د" زيادة: ((أبو السعود عن الحموي، وفي "القاموس": زوجته امرأة، وتزوجت امرأة، وبها، أو هذه قليلة ﴿وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾ قرناهم)) ق١٦٠/أ.

فإنَّ له (ذلك) فيكونُ أصيلاً من جانبٍ وكيلاً من آخرَ (بخلافِ ما لو وكَّلَتْهُ بتزويجها

[١١٨٦٠] (قولُهُ: فإنَّ له ذلك) أي: تزويجَها لنفسِهِ بشرطِ أنْ يَعرفَها الشُّهودُ، أو يُذكَرَ اسمُها واسمُ أبيها وجَدِّها، أو تكونَ حاضرةً مُتنقِّبةً، فتكفي الإشارةُ إليها، وعند "الخصَّاف" لا يُشترَطُ كلُّ ذلك، بل يكفي قولُهُ: زَوَّجْتُ نفسي من مُوكِّلتي كما بسَطَهُ في "الفتح"(١) و"البحر"(٢)، وقدَّمنا(٣) الكلامَ عليه عند قوله: ((وبشرطِ حُضُورِ شاهِدَيْنِ)).

ثمَّ إنَّ قول "الشَّارح": ((فإنَّ له)) أخرَجَ إعرابَ المتنِ عن أصلِهِ، ولا يَضُرُّ ذلك؛ لأنَّه لم يُغيِّرِ اللَّفظَ، وإنما زادَهُ لإصلاحِ المتن، فإنَّ قول "المصنِّف": ((كما للوكيلِ)) الكافُ فيه للتَّشبيهِ بمسألةِ ابن العمِّ، و((ما)) مصدريَّةٌ أو كافَّةٌ، و((للوكيلِ)) خبرٌ مُقدَّمٌ، والمصدرُ المُنسبِكُ من ((أنْ)) وصِلَتِها مبتدأٌ مُؤخَّرٌ، واسمُ الإشارة بدلٌ منه، وفيه أمران:

الأوَّلُ: إطلاقُ الوكيلِ مع أنَّ المراد منه وكيلٌ مُقيَّدٌ، بأنْ يُزوِّجَها من نفسِهِ.

والثَّاني: أنَّه لا حاجةَ إلى زيادةِ اسمِ الإشارة، فأصلَحَ "الشَّارحُ" الأوَّلَ بزيادةِ قوله: ((الذي وكَّلَتْهُ)) والثَّانيَ بزيادة قوله: ((فإنَّ له))، وحينئذٍ فقولُهُ: ((للوكيلِ)) خبرٌ لمبتدأ محذوفٍ تقديرُهُ: أنْ يُزوِّجَ(٤) من نفسِهِ، ولم يُصرِّحْ به لدلالةِ التَّشبيهِ عليه، وقولُهُ: ((الذي وَكَّلَتْهُ إلخ)) نعتٌ للوكيل،

(قولُهُ: الكافُ فيه للتَّشبيه بمسألة ابنِ العمِّ وما مصدريَّةٌ إلخ) حقُّه بمسألة الوكيل؛ فإنَّها هي الَّتي دخلَتْها الكافُ، وجعلُ (ما) مصدريَّةً ـ على ما قرَّره ـ لا يظهرُ صحَّتُه لعدم وُجود فعْلٍ بعدها سابكةً هي له، نعم يجوزُ أنْ تكونَ مصدريَّةً فعْلٍ يتعلَّقُ به قولُهُ: ((للوكيل)) أي: يجوزُ، وفاعلُه المصدرُ المُنسبِكُ بعدَه، لكن على هذا لا يندفعُ الأمرُ الأوَّلُ إلاَّ بإرادة الوكيل الخاصِّ، كما ذكره "الشَّارحُ".

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/١٩٦ـ١٩٧.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ٣/١٤٦ـ١٤٧.

(٣) المقولة [١١٢٠٨] قوله: ((وشرط حضور شاهدين)).

(٤) ((أن يزوج)) ساقط من "الأصل".

مِن رجلٍ فزَوَّجَها من نفسِهِ) لأنَّها نصَّبَتْهُ مُزوِّجاً لا مُتزوِّجاً (أو وَكَّلَتْهُ أنْ يتصرَّفَ في أمرِها، أو قالت له: زَوِّجْ نفسي ممن شئتَ)..........................

ولا يخفى حُسْنُ هذا السَّبكِ، نعم يمكنُ إصلاحُ كلام المتن بدونِهِ بجَعْلِ اسمِ الإشارة مبتدأً و((للوكيلِ)) خبرُهُ، وقولُهُ: ((أنْ يُزوِّجَها)) على تقديرِ الباءِ الجارَّةِ متعلِّقٌ بالوكيل، وهذا وإنْ صَحَّ لكنَّه غيرُ متبادِرٍ من هذا اللَّفظِ، وعلى كلٍّ فلا خلَلَ في كلام "الشَّارح"، فافهم.

[١١٨٦١] (قولُهُ: مِن رَجُلٍ) أي: غيرِ مُعيَّنٍ، وكذا المُعيَّنُ بالأولى، وفي "الهنديَّة"[(١)] عن "المحيط": ((رَجُلٌ وكَّلَ امرأةً أنْ تُزوِّجَهُ، فزَوَّجَتْ نفسَها منه لا يجوزُ)) اهـ.

[١١٨٦٢] (قولُهُ: فزَوَّجَها من نفسِهِ) وكذا لو زَوَّجَها من أبيه أو ابنه عند "أبي حنيفة" كما قدَّمناه[(٢)] عن "البحر"؛ لأنَّ الوكيل لا يَعقِدُ مع مَن لا تُقبَلُ شهادتُهُ له للتُّهَمَة.

[١١٨٦٣] (قولُهُ: لأنَّها إلخ) يُوهِمُ الجوازَ لو زَوَّجَها من أبيه أو ابنِهِ، وقد علمتَ أنَّه لا يجوزُ. [٣/ق٧٩/ب]

[١١٨٦٤] (قولُهُ: أو وَكَّلَتْهُ أنْ يَتصرَّفَ في أمرِها) لأنَّه لو أَمَرَتْهُ بتزويجِها لا يَملِكُ أنْ يُزوِّجَها من نفسِهِ، فهذا أَولى، "هنديَّة"[(٣)] عن "التَّجنيس".

قلت: ومقتضى التَّعليل صحَّةُ تزويجِها من غيرِهِ، وينبغي تقييدُهُ بالقرينةِ، وينبغي أنَّه لو قامَتْ قرينةٌ على إرادةِ تزويجِها منه أنَّه يصحُّ، كما لو خطَبَها لنفسِهِ فقالت: أنتَ وكيلٌ في أُموري.

[١١٨٦٥] (قولُهُ: أو قالت له) في غالبِ النُّسخِ بـ((أو))، وفي بعضها بالواو، والأوَّلُ هو الموافقُ لِما في "البحر"[(٤)] وغيرِهِ، فهي مسألةٌ ثانيةٌ، ونقَلَ "المصنِّفُ" في "المنح"[(٥)] عن "جواهرِ

---

(١) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب السادس في الوكالة وغيرها ١/٢٩٥.

(٢) المقولة [١١٨٣٠] قوله: ((لم يجز اتفاقاً)).

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب السادس في الوكالة بالنكاح وغيرها ١/٢٩٥.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ فصل بعض مسائل الوكيل والفضولي ٣/١٤٦.

(٥) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام الكفاءة ١/ق ١٢٣/أ باختصار.

لم يصحَّ تزويجُها من نفسِهِ كما في "الخانيَّة"، والأصلُ أنَّ الوكيل مَعرِفةٌ بالخطاب، فلا يَدخُلُ تحتَ النَّكِرةِ.

(ولو أجازَ) مَن له الإجازةُ[1] (نكاحَ الفضوليِّ بعد موتِهِ صَحَّ) لأنَّ الشَّرطَ قيامُ المعقودِ له وأحدِ العاقِدَيْنِ لنفسِهِ فقط (بخلافِ إجازةِ بيعِهِ) فإنَّه يُشترَطُ قيامُ..

الفتاوى": ((أنَّه يصحُّ))، قال "البَزْدويُّ"[2]: ((لعلَّ هذا القائلَ ذهَبَ إلى أنَّها عَلِمَتْ من الوكيلِ أنَّه يريدُ تَزَوُّجَها، فحينئذٍ يجوزُ)).

[١١٨٦٦] (قولُهُ: لم يصحَّ) أي: لم يَنفُذْ، بل يَتَوقَّفُ على إجازتِها؛ لأنَّه صار فضوليّاً من جانبها.

[١١٨٦٧] (قولُهُ: والأصلُ إلخ) بيانُهُ أنَّ قولها: وَكَّلْتُكَ أنْ تُزوِّجَني من رَجُلٍ الكافُ فيه للخِطاب، فصار الوكيلُ مَعرِفةً، وقد ذَكَرَتْ رَجُلاً مُنكَّراً، والمُعرَّفُ غيرُهُ، وكذا قولُها: ممن شئتَ، فإنَّه بمعنى: أيَّ رَجُلٍ شِئتَهُ.

[١١٨٦٨] (قولُهُ: وأحدِ العاقِدَيْنِ) هو العاقدُ لنفسِهِ كما في "البحر"[3]، أي: سواءٌ كان

(قولُ "الشَّارح": لم يصحَّ تزويجُها إلخ) وذلك بخلاف ما لو قال في الوصيَّة: ضَعْ ثُلُثَ مالي حيثُ شئتَ كان له أنْ يضعَهُ عند نفسه كما في "الولوالجيَّة" والفَرْق فيها.

(قولُهُ: لم ينفُذْ بل يتوقَّفُ إلخ) الظَّاهرُ أنَّه يقعُ باطلاً لكونه من أحد الجانبَيْن فُضوليّاً، تأمَّل.

(قولُ "الشَّارح": وأحدِ العاقدَيْن لنفسه إلخ) عبارةُ "البحر": ((وأحدِ العاقدَيْن لنفسه))، وقال[4] في "حاشيته": ((في العبارةِ تَسامُحٌ، والأَوْلى: وأحدُ العاقدَيْن وهو العاقدُ لنفسِهِ فقط)) اهـ. ونُسَخُ الخطِّ من "الدُّرِّ" ليس فيها زيادةُ قوله: ((لنفسه)) وحينئذٍ يظهرُ قولُ "المُحشِّي": ((هو العاقدُ لنفسه)).

(قولُهُ: هو العاقدُ لنفسه إلخ) الذي يظهرُ أنَّ العقْدَ لا يبطُلُ بموت الوكيلِ أو الوليِّ، وعليه يكونُ المرادُ بالعاقد لنفسه ما يشمَلُ العاقدَ لنفسه حقيقةً وهو الأصيلُ، أو حُكْماً وهو الموكِّلُ والصَّغيرُ ونحوهما؛ فإنَّهم

---

(١) في "د" زيادة: ((ولو مات أحد الزوجين قبل الإجازة لا يرث الآخر؛ لأنَّ النكاح موقوف فيبطل بالموت، كما في "الهداية")). ق١٦٠/أ.

(٢) جلال الدين البزدوي: كذا في "المنح".

(٣) وعبارته كما في نسختنا: ((وأحد العاقدين لنفسه)) كما ذكر الرافعي.

(٤) أي: ابن عابدين في "منحة للخالق" ٣/١٤٩ (هامش "البحر الرائق").

أربعةِ أشياءَ كما سيجيءُ.

(فروعٌ) الفضوليُّ قبلَ الإجازةِ لا يَملِكُ نقضَ النِّكاحِ..................

أصيلاً أو وليّاً أو وكيلاً، فإنَّه عاقدٌ لنفسه بمعنى أنَّه غيرُ فضوليٍّ، تأمَّل. وانظر ما لو كان فضوليّاً، بأنْ كان كلٌّ من العاقِدَيْنِ فضوليَّين، والظَّاهرُ أنَّ الشَّرط قيامُ المعقودِ لهما[1] فقط.

[١١٨٦٩] (قولُهُ: أربعةِ أشياءَ) وهم العاقدان والمبيعُ وصاحبُهُ، ويُزادُ الثَّمَنُ إنْ كان عَرْضاً كما في "البحر"[2]، فافهم.

[١١٨٧٠] (قولُهُ: كما سيجيءُ[3]) أي: في البيوع.

[١١٨٧١] (قولُهُ: لا يَملِكُ نقضَ النِّكاحِ) أي: لا قولاً ولا فعلاً، قال في "الخانيَّة"[4]: ((العاقدون في الفسخِ أربعةٌ:

باعتبار قيام الغَيْر عنهم صاروا كأنَّهم عاقدون لأنفُسِهم بأنفُسِهم، تأمَّل وراجع. ويدلُّ لذلك ما ذكره "السِّنْدِيُّ" بقوله: ((وإنَّما لم يُشترَطْ بقاءُ العاقدَيْن؛ لأنَّ العاقدَ في النِّكاح غيرَ الأصيل سفيرٌ لا قيامَ للعَقْد به)) اهـ. ثمَّ رأيتُ في "الولوالجيَّة" في الفصل الأوَّل من كتاب النِّكاح ما نصُّهُ: ((رجلٌ زوَّج ابنتَهُ الصَّغيرةَ من ابنٍ كبيرٍ لرجلٍ بغير أمره خاطَبَ عنه أبوهُ ثمَّ مات أبو الصَّغيرة قبل أن يُجيزَ الابنُ بطَلَ النِّكاحُ؛ لأنَّ لأبي الصَّغيرة أن يَفسخَ هذا النِّكاحَ؛ لأنه في هذا النِّكاح قائمٌ مَقامَ الصَّغيرة، والصَّغيرةُ لو كانتْ كبيرةً فزوَّجتْ نفْسَها من ابنٍ كبيرٍ لرجلٍ بغير إذْنِه خاطبَ عنه أبوه كان لها أن تَفْسَخَ[5] النِّكاحَ قبل أنْ يُجيزَ الابنُ فكذا الأبُ، فإذا مات كان موتُهُ بمنزلة رُجُوعه، وبمثله لو كان مكانَ الصَّغيرة كبيرةٌ فزوَّجها بغير إذْنِها وباقي المسألة بحالها لا يبطُلُ بموت الأب؛ لأنَّ الأبَ إنْ أراد أن ينقُضَ النِّكاح لا يَملِكُ لأنَّه بمنزلة الفُضُوليِّ)) اهـ. وبهذا تتَّضِحُ المسألةُ، ومعلومٌ أنَّ الوكيلَ كالوليِّ تتوقَّفُ صحَّةُ الإجازة على حياة كلٍّ منهُما.

---

(١) ((لهما)) ساقط من "آ".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ـ فصل: بعض مسائل الوكيل والفضولي ١٤٨/٣.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٣٨١٣] قوله: ((قبول الإجازة)).

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في فسخ عقد الفضولي ٣٤٤/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) نقول: عبارة الرافعي: ((كان له أن يفسخ النكاح)) وما أثبتناه من "الولوالجية"، انظر "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في إذن المولى وإجازته النكاح ق٤٦/أ.

بخلاف البيع. يُشترَطُ لِلُزُومِ عقدِ الوكيلِ موافقتُهُ في المهرِ المسمَّى. وحكمُ رسولٍ كوكيلٍ.

عاقدٌ لا يَملِكُ الفسخَ قولاً وفعلاً، وهو الفضوليُّ، حتَّى لو زَوَّجَ رجلاً امرأةً بلا إذنِهِ، ثـمَّ قـال قبـلَ إجازتِهِ: فسختُ لا يَنفسِخُ، وكذا لو زَوَّجَهُ أختَها يَتوقَّفُ الثَّاني، ولا يكونُ فسخاً للأوَّلِ.

وعاقدٌ يَفسَخُ بالقولِ فقط، وهـو الوكيـلُ بنكـاحِ مُعيَّنـةٍ إذا خـاطَبَ عنهـا فضـوليٌّ، فهـذا الوكيلُ يَملِكُ الفسخَ بالقولِ، ولو زَوَّجَهُ أختَها لا يَنفسِخُ الأوَّلُ.

وعاقدٌ يَفسَخُ بالفعلِ فقط، وهو الفضوليُّ إذا زَوَّجَ رجلاً امرأةً بلا إذنِهِ، ثمَّ وَكَّلَـهُ الرَّجُـلُ أنْ يُزوِّجَهُ امرأةً غيرَ مُعيَّنةٍ، فزَوَّجَهُ أختَ الأُولى يَنفسِخُ نكاحُ الأُولى، ولو فسَخَهُ بالقولِ لا يصحُّ.

وعاقدٌ يَفسَخُ بهما، وهو الوكيلُ بتزويجِ امرأةٍ بغيرِ عينِها[1] إذا زَوَّجَهُ امرأةً [وَ][2]خـاطَبَ عنها فضوليٌّ، فإنْ فسَخَهُ الوكيلُ أو زَوَّجَهُ [٣/ق٨٠/أ] أختَها انفسَخَ.

[١١٨٧٢] (قولُهُ: بخلافِ البيعِ) والفَرْقُ أنَّه بالبيعِ تَلحَقُهُ العُهْدةُ، فله الرُّجـوعُ كيـلا يتضـرَّرَ بخلافِ النِّكاحِ، فإنَّ الحقوق تَرجِعُ إلى المعقودِ له، "عماديَّة".

٣٢٨/٢

[١١٨٧٣] (قولُهُ: موافقتُهُ في المهرِ المُسمَّى) قدَّمنا[3] الكلامَ عليه عند قوله: ((بمُعيَّنةٍ)).

[١١٨٧٤] (قولُهُ: وحكمُ رسولٍ كوكيلٍ) قال في "الفتح"[4]: ((ذَكَرَ في الرَّسولِ من مسـائلِ أصلِ "المبسوط"[5] قـال: إذا أرسَلَ إلى المرأةِ رسولاً، حُرّاً أو عبداً، صغيراً أو كبيراً، فـقال:

(قولُهُ: وهو الوكيلُ بتزويجِ امرأةٍ بعينها إلخ) الظَّاهرُ أنَّ فيه إسقاطَ ((لا)) النَّافيـة، وتُراجَـعُ عبـارةُ "الخانيَّة"، ثمَّ رأيتُ عبارةَ "الخانيَّة"، ونصُّها: ((وعاقدٌ يَمْلِـكُ الفسْـخَ بـالقَوْلِ والفِعْـلِ جميعـاً، وصورتُـه: رجلٌ وكَّلَ رجلاً ليُزوِّجَهُ امرأةً بغير عيْنِها فزوَّجه امرأةً وخاطبَ عنها فُضُـوليٌّ، فـإنْ فسَـخَ هـذا الوكيـلُ العَقْد صحَّ فسْخُهُ، ولو زوَّجه أُخْتَ تلك المرأة ينفسِخُ العقْدُ الأوَّل)) انتهى.

---

(١) في النسخ جميعها ((بعينها))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لـ"الخانية". وانظر تقريرات الرافعي.

(٢) الذي في النسخ جميعها: ((امرأةً خاطب))، دون (واو)، وما أثبتناه من "الخانية".

(٣) المقولة [١١٨٢٩] قوله: ((كما لو أمره بمعينة)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ٣/١٩٦-١٩٧.

(٥) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الوكالة في النكاح ٥/٢٠ بتصرف.

....

إنَّ فلاناً يسألُكِ أنْ تُزوِّجيهِ نفسَكِ، فأشهَدَتْ أنَّها زَوَّجَتْهُ، وسَمِعَ الشُّهودُ كلامَهما ـ أي: كلامَها وكلامَ الرَّسُولِ ـ فإنَّ ذلك جائزٌ إذا أقَرَّ الزَّوجُ بالرِّسالة أو قامَتْ عليه بيِّنةٌ، فإنْ لم يكن أحدُهما فلا نكاحَ بينهما؛ لأنَّ الرِّسالة لَمَّا لم تَثْبُتْ كان الآخرُ فضوليّاً، ولم يَرْضَ الزَّوجُ بصُنْعِهِ، ولا يخفى أنَّ مثل هذا بعينِهِ في الوكيل. ثمَّ ذكَرَ فروعاً كلُّها تَجري في الوكيل)) اهـ. وقدَّمنا[1] أوَّلَ النِّكاح أحكامَ التَّزوُّجِ بإرسالِ الكتاب، والله تعالى أعلم.

---

(١) المقولة [١١١٦٢] قوله: ((فتح")).

﴿بابُ المهر﴾

ومِن أسمائِهِ الصَّداقُ[١]، والصَّدقةُ، والنِّحلةُ، والعَطِيَّةُ، والعُقْرُ،.............

﴿بابُ المهر﴾

لَمَّا فرَغَ من بيانِ ركن النِّكاحِ وشرطِهِ شرَعَ في بيان حكمِهِ وهو المهرُ، فإنَّ مهر المثل يجبُ بالعَقْدِ، فكانَ حكماً، كذا في "العناية"[٢]. واعترضَهُ في "السَّعديَّة"[٣]: ((بأنَّ المسمَّى من أحكامِهِ أيضاً))، وأجاب في "النَّهر"[٤]: ((بأنَّه إنما خُصَّ مهرُ المثل لأنَّ حكم الشَّيءِ هو أثرُهُ الثَّابتُ به، والواجبُ بالعقد إنما هو مهرُ المثل، ولذا قالوا: إنَّه المُوجَبُ الأصليُّ في باب النِّكاح، وأمَّا المسمَّى فإنما قامَ مَقامَهُ للتَّراضي به)).

ثمَّ عرَّفَ المهرَ في "العناية"[٥]: ((بأنَّه اسمٌ للمال الذي يجبُ في عَقْدِ النِّكاح على الزَّوج في مُقابلةِ البُضْع إمَّا بالتَّسميةِ أو بالعَقْدِ))، واعتُرِضَ بعدم شموله للواجبِ بالوطء بشُبهةٍ، ومن ثَمَّ عرَّفَهُ بعضُهم: بأنه اسمٌ لِما تَستحِقُّهُ المرأةُ بعَقْدِ النِّكاح أو الوطءِ، وأجاب في "النَّهر"[٦]: ((بأنَّ المُعرَّفَ مهرٌ هو حكمُ النِّكاحِ بالعَقْد))، تأمَّل.

[١١٨٧٥] (قولُهُ: ومِن أسمائِهِ إلخ) أفادَ أنَّ له أسماءً غيرَها كالأَجْرِ والعَلائِق والحِباءِ، قال في "النَّهر"[٧]: ((وقد جمَعَها بعضُهم في قوله: [طويل]

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ومن أسمائه الصَّداق إلخ، وفي الصَّداق سبع لغات: أفصحُها عند ثعلب فتحُ الصَّاد، وعند الأخفش كسرُها انتهى. وبيانُ السَّبْع: صَداق، صَدُقه، صُدْقَه، صَدْقه، صُدُقة، صَدَقة. اهـ)). ق١٦٠/ب.

(٢) "العناية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٤/٣ (هامش "فتح القدير").

(٣) "حاشية سعدي جلبي": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٤/٣ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/أ بتصرف وفيه: ((إنما هو مهر المثل كما صرح به في "العناية" بعدُ)).

(٥) "العناية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٤/٣ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/أ بتصرف.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/أ بتصرف.

وفي استيلادِ "الجوهرة": ((العُقْرُ في الحرائرِ مهرُ المثلِ، وفي الإماءِ عُشْرُ قيمةِ البِكْرِ ونصفُ عُشْرِ قيمةِ الثيِّبِ))..

صَداقٌ ومَهْرٌ نِحْلَةٌ وفريضةٌ[1] حِباءٌ وأَجْرٌ ثمَّ عُقْرٌ عَلائِقُ

لكنّه لم يَذكُر العَطِيَّةَ والصَّدقة)).

[١١٨٧٦] (قولُهُ: وفي استيلادِ "الجوهرة"[2]) أي: في بابِ الاستيلادِ من "الجوهرة" نقلاً عن الإمام "السَّرخسيّ".

[١١٨٧٧] (قولُهُ: في الحرائرِ مهرُ المثلِ) سيأتي[3] تفسيرُهُ وتفصيلُه.

[١١٨٧٨] (قولُهُ: وفي الإماءِ إلخ) أي: عُشرُ قيمةِ الأَمَةِ إنْ كانَتْ بكراً، [٣/ق٨٠/ب] ونصفُ عُشرِ قيمتِها إنْ كانَتْ ثيِّباً.

والظَّاهرُ: أنّه يُشترَطُ عدمُ نقصان العُشرِ أو نصفِهِ عن عَشَرةِ دراهمَ، فإنْ نقَصَ وجَبَ تكميلُهُ إلى العَشَرةِ؛ لأنَّ المهر لا يَنقُصُ عن عَشَرةٍ سواءٌ كانَ مهرَ المثل أو مسمًّى، "ح"[4].

قلت[5]: وقال في "الفيض" بعد نقلِهِ ما ذكرَهُ "الشّارح" عن بعض المحقِّقين: ((وقيل في الجواري: يُنظَرُ إلى مثلِ تلك الجاريةِ جَمالاً ومولًى بكم تتزوَّجُ؟ فيُعتبَرُ بذلك، وهو المختار)) اهـ.

والظَّاهرُ: أنَّ هذا هو المرادُ من قولِهِ الآتي[6] عند ذكرِ مهر المثل: ((إنَّ مهر الأَمَةِ بقَدْرِ الرَّغبة فيها))، وفي باب نكاح الرَّقيق من "الفتح"[7]: ((العُقْرُ هو مهرُ مثلِها في الجَمالِ، أي: ما يُرغَبُ

---

(١) في "آ": ((وفرايض)).

(٢) "الجوهرة النيرة": ١٩٢/٢.

(٣) المقولة [١٢١٥٠] قوله: ((مهر مثلها)).

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٢/ب.

(٥) من ((والظاهر)) إلى ((قلت)) ساقط من "آ".

(٦) "در" صـ٤٦٣ـ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

(أقلُّهُ عشَرةُ دراهمَ) لحديثِ "البيهقيِّ" وغيره: ((لا مهرَ أقلُّ من عشرةِ دراهمَ))، وروايةُ الأقلِّ تُحمَلُ على المعجَّلِ..

به في مثلِها جَمالاً فقط، وأمَّا ما قيل: ما يُستأجَرُ به مثلُها للزِّنا لو جاز فليس معناه، بل العادةُ أنَّ ما يُعطَى لذلك أقلُّ مما يُعطَى مهراً؛ لأنَّ الثَّانيَ للبقاءِ بخلاف الأوَّلِ)) اهـ.

[١١٨٧٩] (قولُهُ: لحديثِ "البيهقيِّ" وغيرِهِ) رواه "البيهقيُّ" بسندٍ ضعيفٍ[١]، ورواه "ابن أبي حاتمٍ"، وقال الحافظُ "ابن حجرٍ": ((إنَّه بهذا الإسنادِ حسنٌ)) كما في "فتح القدير"[٢] في باب الكفاءة.

[١١٨٨٠] (قولُهُ: وروايةُ الأقلِّ إلخ) أي: ما يدلُّ بحسب الظَّاهرِ من الأحاديثِ المرويَّةِ على جوازِ التَّقديرِ بأقلَّ من عشرةِ دراهمَ[٣] ـ وكلُّها مُضعَّفةٌ إلاَّ حديثَ: ((التَمِسْ ولو خاتماً من حديد))[٤] ـ يجبُ حملُها على أنَّه المُعجَّل، وذلك لأنَّ العادةَ عندهم تعجيلُ بعضِ المهر قبل الدُّخولِ،

---

(١) أخرجه البيهقي ١٣٣/٧، ٢٤٠، والدارقطني ٢٤٥/٣، وابن عدي ٤١٧/٦، وأبو يعلى (٢٠٩٠)، والعقيلي ٢٣٥/٤، والطبراني في "الأوسط" (٣) وابن الجوزي في "الموضوعات" ٢٦٣/٢ من طريق مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء وعمرو بن دينار عن جابر مرفوعاً، وعن مبشر عن أبي الزبير عن جابر، وأخرجه ابن خزيمة وقال: أنا أبرأ من عهدة مبشر كما في "اللآلئ" ١٦٤/٢، قال ابن عدي: وهذا إسناد باطل لا يرويه إلا مبشر؛ قال الدارقطني: متروك، وهذا منكر لم يتابع عليه وكذبه أحمد، وأخرجه الدارقطني ٢٠٠/٣ عن جويبر ـ متروك ـ عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي قوله، وتابعه محمد بن مروان لا يعرف، وأخرجه عبد الرزاق (١٠٤١٦)، و"الدارقطني" ٢٤٥/٣، والبيهقي ٢٤٠/٧ من طرق عن داود بن يزيد الأودي عن الشعبي قال: قال علي فذكره، قال الشافعي في "الأم": لا يثبت مثله ١٦٠/٥، قال أحمد: لقن غياثُ بن إبراهيم ـ كذاب ـ داودَ الأودي هذا فصار حديثاً وقد أنكره عليه حفاظ الحديث، قال سفيان ما زال يُنكر عليه كما أنكره شعبة أيضاً، وانظر "التمهيد" ١١٦/٢١، و"ظفر الأماني" للكنوي صـ١٧٤ـ، وسيأتي نقل ابن الهمام في "فتح القدير" تحسين ابن حجر له من طريق أخرى. انظر "النكت الطريفة" للكوثري صـ٧٤ـ٧٦ـ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ١٨٦/٣.

(٣) ((دراهم)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٤) أخرجه مالك ٤١٦/١ كتاب النكاح ـ باب ما جاء في الصَّداق والحِباء، والبخاري (٥١٤١) كتاب النكاح ـ باب إذا قال الخاطب للولي زوجني فلانة، و(٥١٤٩) باب التزويج على القرآن وبغير صَداق، و(٥١٥٠) باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، وأبو داود (٢١١١) كتاب النكاح ـ باب في التزويج على العمل يعمل، والترمذي (١١١٤) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في مهور النساء، وقال: هذا حديث حسن، والنسائي ١٢٣/٦ كتاب النكاح ـ باب =

....

حتّى ذهَبَ بعضُ العلماءِ إلى أنّه لا يَدخُلُ بها حتّى يُقدِّمَ شيئاً لها تمسُّكاً بمنعِهِ ﷺ "عليّاً" أنْ يدخلَ بـ"فاطمةَ" رضي الله تعالى عنهما حتّى يعطيَها شيئاً، فقال: يا رسول الله، ليس لي شيءٌ، فقال: «أَعْطِها دِرْعَكَ»، فأعطاها دِرْعَهُ[1]. رواه "أبو داود" و"النّسائيُّ"، ومعلومٌ أنَّ الصَّداقَ كان أربعَمائةِ درهمٍ وهي فضّةٌ، لكنَّ المختار الجوازُ قبلَهُ؛ لِما رَوَتْ "عائشةُ" رضي الله تعالى عنها قالت: «أمَرَني رسولُ الله ﷺ أنْ أُدخِلَ امرأةً على زوجِها قبل أنْ يُعطيَها شيئاً» رواه "أبو داود"[2]، فيُحمَلُ المنعُ المذكور على النّدب، أي: ندبِ تقديمِ شيءٍ إدخالاً للمَسَرَّةِ عليها تألُّفاً لقلبِها،

= هبة المرأة نفسها لرجل بغير صَداق. وأما رواية: ((زوجتكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجه البخاري (٥١٣٢) كتاب النكاح ـ باب إذا كان الولي هو الخاطب، و(٥١٣٥) باب السلطان وليٌّ لقول النبي ﷺ زوجناكها بما معك من القرآن، ومسلم (١٤٢٥) (٧٧) كتاب النكاح ـ باب الصَّداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وأبو داود (٢١١١) كتاب النكاح ـ باب في التزويج على العمل يعمل، والترمذي (١١١٤) كتاب النكاح ـ باب ما جاء في مهور النساء، والنسائي ١٢٣/٦ كتاب النكاح ـ باب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صَداق، وابن ماجه (١٨٨٩) كتاب النكاح ـ باب صَداق النساء، والدارمي ٥٨٠/٢ كتاب النكاح ـ باب ما يجوز أن يكون مهراً.

وأما رواية: ((أنكحتكها بما معك من القرآن)) فقد أخرجها أحمد ٣٣٠/٥، والبخاري (٥١٤٩) كتاب النكاح باب التزويج على القرآن وبغير صَداق.

وأما رواية: ((فقد ملّكتُكَها بما معك من القرآن)) فقد أخرجها البخاري (٥١٤١) باب إذا قال الخاطب للولي: زوجني، ومسلم (١٤٢٥) كتاب النكاح ـ باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، والنسائي ١١٣/٦ كتاب النكاح ـ باب التزويج على سور من القرآن، كلّهم من حديث سهل بن سعد الساعدي ﷺ مرفوعاً.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٢٦) كتاب النكاح ـ باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، والنسائي ١٢٩/٦ـ١٣٠ كتاب النكاح ـ باب نحله الخلوة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٢٥٢/٧ كتاب الصداق ـ باب لا يدخل فيها حتى يعطيها صداقها أو ما رضيت به، والطبراني في "المعجم الكبير" ١٠٦/١ (١٧٥)، وعند النسائي والبيهقي والطبراني: ((درعك الحطمية)).

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٢٨) كتاب النكاح ـ باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً، من طريق خيثمة عن عائشة، قال أبو داود: وخيثمة لم يسمع من عائشة، وابن ماجه (١٩٩٢) كتاب النكاح ـ باب الرجل يدخل بأهله قبل أن يعطيها شيئاً، وأبو يعلى (٤٦٢٢) وقال محققه: إسناده ضعيف، والطبراني في "الأوسط" (١٨٦٥).

(فِضَّةً وزنُ سبعةِ) مثاقيلَ كما في الزَّكاةِ (مضروبةً كانت أوْ لا) ولو دَيْناً.........

وإذا كان ذلك معهوداً وجَبَ حملُ ما خالَفَ ما رويناه عليه جمعاً بين الأحاديثِ، وهــذا وإنْ قيـل: إنَّه خلافُ الظَّاهرِ في حديثِ: ((التَمِسْ ولو خاتماً من حديدٍ)) لكـنْ يجبُ [٣/ق٨١/أ] المصيرُ إليـه؛ لأنَّه قال فيه بعده: ((زَوَّجتُكَها بما معكَ من القرآن))، فإنْ حُمِلَ على تعليمِهِ إيَّاها مـا معـه أو نفـيِ المهرِ بالكلِّيَّة عارَضَ كتابَ الله تعـالى، وهـو قولـه تعـالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النسـاء ـ ٢٤]، فقيَّدَ الإحلالَ بالابتغاء بالمال، فوجَبَ كونُ الخبرِ غيرَ مخالفٍ لـه، وإلاَّ لم يُقبَل؛ لأنَّـه خـبرٌ واحـدٌ، وهو لا يَنسَخُ القطعيَّ في الدَّلالة، وتمامُ ذلك مبسوطٌ في "الفتح"(١).

[١١٨٨١] (قولُهُ: فضَّةً) تمييزٌ منصوبٌ أو مجرورٌ، فـ((دراهمَ)) تمييزٌ لـ((عشرةُ))، و((فضَّةً)) تمييزٌ لـ((دراهمَ)) على أنَّ المراد بها آلةُ الوزن. ٢/٣٢٩

[١١٨٨٢] (قولُهُ: وَزْنُ) بالرَّفع صفةُ ((عشرةُ))، وبـالنَّصب حـالٌ علـى تقديـرِ: ذاتَ وزنٍ، "ط"(٢).

[١١٨٨٣] (قولُهُ: سبعةِ مثاقيلَ) هو أنْ يكون كلُّ درهمٍ أربعةَ عشرَ قيراطاً، "شرنبلاليَّة"(٣).

[١١٨٨٤] (قولُهُ: مضروبةً كانت أوْ لا) فلو سَمَّى عشرةً تِبْراً أو عَرَضاً قيمتُهُ عشـرةٌ تِـبْراً(٤) لا مضروبةً صَحَّ، وإنما تُشترَطُ المصكوكةُ في نصابِ السَّرقة للقطعِ تقليلاً لوجود الحدِّ، "بحر"(٥).

[١١٨٨٥] (قولُهُ: ولو دَيْناً) أي: في ذِمَّتِها أو في ذِمَّةِ غيرِها، أمَّـا الأوَّلُ فظـاهرٌ، وأمَّـا الثَّـاني فكما لو تَزَوَّجَها على عشرةٍ له على زيدٍ، فإنَّه يصحُّ، وتأخذُها مـن أيِّهمـا شـاءَتْ، فـإن اتَّبعَـتِ المديونَ أُجبِرَ الزَّوجُ على أنْ يُوكِّلَها بالقبضِ منه كما في "النَّهر"(٦)، أي: لئلاَّ يلزمَ تمليكُ الدَّين

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٠٥.
(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٤٨.
(٣) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٣٤١ (هامش "الدرر والغرر").
(٤) ((أو عرضاً قيمته عشرة تبراً)) ساقط من "آ".
(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٥٢.
(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/أ ـ ب.

أو عَرَضاً قيمتُهُ عشَرَةٌ وقتَ العقد، أمَّا في ضمانِها بطلاقٍ قبل الوطءِ فيومَ القبضِ..

من غيرِ مَن عليه الدَّينُ. اهـ "ح"[1]، لكنْ إذا أُضِيفَ النِّكاحُ إلى دراهمَ في ذِمَّتِها تعلَّقَ بالعينِ لا بالمثلِ، بخلاف ما إذا كان في ذِمَّةِ غيرِها، فإنَّه يتعلَّقُ بالمثل؛ لئلاَّ يكونَ تمليكَ الدَّين من غيرِ مَن عليه الدَّينُ، وبيانُ ذلك في "الذَّخيرة".

[١١٨٨٦] (قولُهُ: أو عَرْضاً) وكذا لو منفعةً كسُكْنى دارِهِ، ورُكُوبِ دابَّتِهِ، وزراعةِ أرضِهِ حيث عُلِمَتِ المدَّةُ كما في "الهنديَّة"[2].

قلت: ولا بدَّ من كونِها مما يُستحَقُّ المالُ بمقابلتِها ليَخرُجَ ما يأتي[3] من عدم صحَّةِ التَّسميةِ في خدمةِ الزَّوجِ الحرِّ لها وتعليمِ القرآن.

[١١٨٨٧] (قولُهُ: قيمتُهُ عَشَرَةٌ وقتَ العَقْدِ) أي: وإنْ صارَتْ يومَ التَّسليم ثمانيةً فليس لها إلاَّ هو، ولو كان على عكسِهِ لها العَرْضُ المُسمَّى ودرهمان، ولا فرقَ في ذلك بين الثَّوبِ والمَكيلِ والموزونِ؛ لأنَّ ما جُعِلَ مهراً لم يتغيَّرْ في نفسِهِ، وإنما التَّغيُّرُ في رغباتِ النَّاس، "بحر"[4] عن "البدائع"[5].

[١١٨٨٨] (قولُهُ: أمَّا في ضمانِها إلخ) يعني: أمَّا الحكمُ في ضمانِها إلخ، وذلك كما لو تَزَوَّجَها على ثوبٍ وقيمتُهُ عَشَرَةٌ، فقبَضَتْهُ وقيمتُهُ عشرون، وطلَّقَها قبل الدُّخولِ والثوبُ مُستهلَكٌ رَدَّتْ عَشَرَةً[6]؛ لأنه إنما دخلَ في ضمانِها بالقبض، فتُعتبَرُ قيمتُهُ يوم القبض، [٣/ق٨١/ب] "بحر"[7] عن "المحيط". والهلاكُ كالاستهلاك؛ لأنَّها إذا[8] لم تُؤاخَذْ بما زادَ في قيمتِهِ بعد القبض في الاستهلاك ففي الهلاكِ بالأَولى. وأفاد أنَّه لو قائماً تُعتبَرُ قيمتُهُ يومَ الطَّلاقِ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٢/ب.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب السابع في المهر ـ الفصل الأول في بيان أدنى مقدار المهر ٣٠٣/١.

(٣) "در" صـ٣٦٢ـ٣٦٦ــ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٢/٣.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان أدنى المقدار ٢٧٦/٢ـ٢٧٧ بتصرف.

(٦) في "د" زيادة: (("شرنبلالية" عن "البحر")). ق١٦٠/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٢/٣ـ١٥٣.

(٨) ((إذا)) ساقطة من "آ".

(وتجبُ) العشرةُ (إنْ سَمَّاها أو دونَها،.........................

لا يومَ القبض، وأنَّه ليس له أخذُهُ منها ليعطيَها نصفَ قيمتِهِ، بل إنْ كان مما لا يتعيَّبُ بالقسمةِ كمَكِيلٍ وموزونٍ أَخَذَ نصفَهُ، وإلاَّ بَقِيَ مُشترَكاً بعدَ القضاءِ أو الرِّضاءِ؛ لِما سيأتي[1] من أنَّه لو كان مُسلَّماً لها لم يَبطُل مِلكُها، ويتوقَّفُ عَوْدُهُ إلى مِلكِهِ على القضاءِ أو الرِّضاءِ، حتَّى يَنفُذُ تصرُّفُها فيه قبل ذلك لا تصرُّفُه، كذا أفادَهُ السيِّدُ "محمَّد أبو السُّعود"[2]، وأفاد[3] أيضاً: ((أنَّها لو أرادَتْ أنْ تُعطِيَهُ نصفَ قيمتِهِ فالظَّاهرُ أنَّه يُجبَرُ على القبول)).

قلت: وفيه نظرٌ؛ لأنَّه قبلَ القضاءِ أو الرِّضاءِ لا وجهَ لإجبارِهِ؛ لأنَّ له تَرْكَ المطالبةِ بالكلِّيَّةِ، وكذا بعدَهُ إذا صار مُشترَكاً لا وجهَ لإجبارِهِ على قبولِ قيمةِ حِصَّتِهِ، فافهم.

[١١٨٨٩] (قولُهُ: وتجبُ العَشَرةُ إنْ سَمَّاها إلخ) هذا إن لم تَكسُدِ الدَّراهمُ المسمَّاةُ، فلو كَسَدَتْ وصار النَّقدُ غيرَها فعليه قيمتُها يومَ كَسَدَتْ على المختارِ بخلاف البيع، حيث يَبطُلُ بكَسادِ الثَّمن، "فتح"[4].

﴿بابُ المَهْرِ﴾

(قولُهُ: إنْ لم تَكْسُدِ الدَّراهمُ المُسمَّاةُ إلخ) هذا في الدَّراهم الغالبةِ الغِشِّ، أمَّا الجيِّدةُ فلا يتحقَّقُ الكسادُ فيها كما يأتي في البُيوع، فإنَّ الذَّهبَ والفِضَّةَ لا يتغيَّران، ونصَّ على ذلك في "الولوالجيَّة"، وعبارتُها: ((رجلٌ تزوَّج امرأةً على ألف درهمٍ من الدَّراهم الَّتي هي نقْدُ البلد فكَسَدتْ وصار النَّقْدُ غيرَها كان على الزَّوج قيمةُ تلك الدَّراهم يومَ كَسَدتْ هو المُختارُ، ولو كان مكانَ النِّكاح بيعٌ فسَدَ البيعُ؛ لأنَّ الكسادَ بمنزلة الهلاك وهلاكُ البَدَل يُوجِبُ فسادَ البيع، وهلاكُ البَدَل في باب النِّكاح لا يُوجبُ فسادَ النِّكاح فيُوجبُ قيمتَها، قال مشايخُنا: عقْدُ النِّكاح ببُخارَى يجبُ أن يكون بالغِطْريفيِّ لا بالعَدْليِّ لأنَّ العَدْليَّ يتغيَّرُ والغِطْرِفيَّ لا يتغيَّرُ، وهذا كان في زمانهم، أمَّا في زماننا يجبُ أنْ يكونَ العَقْدُ بالذَّهَب والفِضَّة لا بالغِطْريفِيِّ؛ لأنَّه يتغيَّرُ)) اهـ.

---

(١) "در" صـ٣٥٨ـ.

(٢) "حاشية أبي السعود": كتاب النكاح ـ باب المهر ٤٨/٢.

(٣) "حاشية أبي السعود": كتاب النكاح ـ باب المهر ٤٧/٢.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/٣ بتصرف.

و) يجبُ (الأكثرُ منها إنْ سَمَّى) الأكثرَ، ويتأكَّدُ (عند وطءٍ أو خلوةٍ[(١)] صَحَّتْ) من الزَّوج (أو موتِ أحدِهما)..

[١١٨٩٠] (قولُهُ: ويجبُ الأكثرُ) أي: بالغاً ما بلَغَ، فالتَّقديرُ بالعشرةِ لمنعِ النُّقصان.

[١١٨٩١] (قولُهُ: ويتأكَّدُ) أي: الواجبُ من العَشَرةِ أو الأكثرِ، وأفادَ أنَّ المهر وجَبَ بنفسِ العَقْدِ، لكن مع احتمالِ سقوطِهِ بردَّتِها أو تقبيلِها ابنَهُ أو تنصُّفِهِ بطلاقِها قبل الدُّخول، وإنما يتأكَّدُ لزومُ تمامِهِ بالوطءِ ونحوِهِ. وبه ظهَرَ[(٢)] أنَّ ما في "الدُّرر"[(٣)]: ((من أنَّ قوله: عند وطءٍ متعلِّقٌ بالوجوب)) غيرُ مُسلَّمٍ كما أفادَهُ في "الشُّرنبلاليَّة"[(٤)]، قال في "البدائع"[(٥)]: ((وإذا تأكَّدَ المهرُ بما ذُكِرَ لا يَسقُطُ بعد ذلك وإنْ كانَت الفرقةُ من قِبَلِها؛ لأنَّ البدل بعد تأكُّدِهِ لا يَحتمِلُ السُّقوطَ إلاَّ بالإبراء كالثَّمن إذا تأكَّدَ بقبضِ المبيع)) اهـ.

[١١٨٩٢] (قولُهُ: صَحَّتْ) احترازٌ عن الخلوةِ الفاسدة كما سيأتي[(٦)] بيانُها.

[١١٨٩٣] (قولُهُ: من الزَّوجِ) متعلِّقٌ بقولِهِ: ((وطءٍ أو خَلْوةٍ)) على التَّنازُعِ لا بقولِه: ((صَحَّتْ)) حتَّى يَرِدَ أنَّ شروط الصِّحَّةِ ليست من جانبِهِ فقط، فافهم.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: عند وطئ أو خلوة، وهي الخالية عن المانع الشرعي والحسِّي والطبيعي، فالمانع الحسِّي كالمرض في أيِّهما كان، لكن الأصح أنَّ مرضها لا يمنع إلا إذا لحقها ضررٌ به، والمانع الطبيعي كالحيض والنفاس، لكنه إنما يكون كذلك عند درور الدَّم لا عند عدمه، مع أنه شرعي، فلو اكتفى بالشَّرعي لكان أولى فيهما أيضاً، فالظاهر أنه لا يوجد طبيعي إلا وهو شرعي، فلو اكتفوا بالشرعي لكان أولى، كذا في "البحر".

فيكون الشَّرعي أعمَّ من الطَّبيعي بدليل أنَّ الطهر المتخلِّل بين الدَّمين مانعٌ شرعيٌّ، وليس بطبيعيٍّ، وحينئذ لا فائدة لذكر الخاص وهو الطبيعيّ. اهـ)). ق١٦٠/ب.

(٢) ((ظهر)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٢/١.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٥/٢ بتصرف.

(٦) المقولة [١٢٠٤٥] قوله: ((فخلا بها)).

أو تزوُّجٍ ثانياً في العدَّة[1]، أو إزالةِ بكارتِها بنحوِ حَجَرٍ، بخلافِ إزالتِها بدَفْعةٍ، فإنَّه يجبُ النِّصفُ بطلاقٍ قبلَ وطءٍ، ولو الدَّفعُ من أجنبيٍّ.........................

[١١٨٩٤] (قولُهُ: أو تَزَوُّجٍ ثانياً) هذا مُؤكِّدٌ رابعٌ زادَهُ في "البحر"[2] بحثاً بقوله: ((وينبغي أنْ يُزادَ رابعٌ، وهو وجوبُ العِدَّةِ عليها منه فيما لو طَلَّقَها بائناً بعد الدُّخول، ثُمَّ تَزَوَّجَها في العِدَّةِ وجَبَ كمالُ [٣/ق٨٢/أ] المهر الثاني بدون الخلوةِ والدُّخولِ؛ لأنَّ وجوب العِدَّةِ عليها فوقَ الخلوة)) اهـ، وأقرَّهُ في "النَّهر"[3].

وفيه بحثٌ، فإنَّه يمكنُ إدخالُهُ فيما قبلَهُ وهو الوطءُ؛ لِما سيأتي[4] في باب العِدَّة: من أنَّه في هذه الصُّورةِ يجبُ عليه مهرٌ تامٌّ وعليها عِدَّةٌ مُبتدَأةٌ؛ لأنَّها مقبوضةٌ في يدِهِ بالوطءِ الأوَّلِ لبقاء أثرِهِ وهو العِدَّةُ، وهذه إحدى المسائلِ العشرِ المبنيَّةِ على أنَّ الدُّخولَ في النِّكاحِ الأوَّلِ دخولٌ في الثَّاني.

[١١٨٩٥] (قولُهُ: أو إزالةِ بكارتِها إلخ) هذا مُؤكِّدٌ خامسٌ زادَهُ في "البحر"[5] أيضاً حيث قال: ((وينبغي أنْ يُزادَ خامسٌ، وهو ما لو أزالَ بكارتَها بحَجَرٍ ونحوِهِ، فإنَّ لها كمالَ المهر كما صرَّحُوا به بخلاف ما إذا أزالَها بدَفْعةٍ، فإنَّه يجبُ النِّصفُ لو طَلَّقَها قبل الدُّخولِ، ولو دفَعَها أجنبيٌّ فزالَتْ بكارتُها وطُلِّقَتْ قبل الدُّخول وجَبَ نصفُ المسمَّى على الزَّوج، وعلى الأجنبيِّ نصفُ صَداقِ مثلِها)) اهـ، وأقرَّهُ في "النَّهر"[6] أيضاً.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو تزوج ثانياً في العدة، صورته: أبان زوجته بما دون الثَّلاث، ثم تزوَّجها في العدة، فطلَّقها قبل الدخول، فعليه مهر كامل، وعليها عدة كاملة مستقلة، وهذا عند الأول والثاني. قال في "الكنز": ولو نكح معتدته وطلقها قبل الوطء وجب مهر تامٌّ وعدَّةٌ مبتدأة. حموي)). ق١٦٠/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٣/٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/ب.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٣٩٦] قوله: ((ولو حكماً)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٣/٣ـ١٥٤.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/ب.

....

وفيه بحثٌ أيضاً، فإنَّ الذي يظهرُ لي دخولُ هذا فيما قبلَهُ وهو الخلوةُ؛ لأنَّ العادة أنَّ إزالةَ البكارةِ بحَجَرٍ ونحوِهِ كإصبعٍ إنما تكونُ في الخلوة، فلذا وجَبَ كلُّ المهرِ بخلاف إزالتِها بدَفْعةٍ، فإنَّ المراد حصولُها في غيرِ خلوةٍ، ثمَّ رأيتُ ما يُفيدُ ذلك في جنايات "الفتاوى الهنديَّة"[(١)] عن "المحيط"[(٢)] ٢/٣٣٠ حيث قال: ((ولو دفَعَ امرأتَهُ ولم يَدخُلْ بها، فذهبَتْ عُذرتُها ثمَّ طَلَّقَها فعليه نصفُ المهر، ولو دفَعَ امرأةَ الغيرِ وذهبَتْ عُذرتُها ثمَّ تَزَوَّجَها ودخَلَ وجَبَ لها مهران)) اهـ، أي: مهرٌ بالدُّخول بحكمِ النِّكاح ومهرٌ بإزالةِ العُذرةِ بالدَّفع كما في جنايات "الخانيَّة"[(٣)]، فقولُهُ: ((ولو دفَعَ امرأتَهُ

(قولُهُ: وفيه بحثٌ إلخ) فيه أنَّ المُتبادرَ من قولهم: ((ويتأكَّدُ عند وَطْءٍ)) الوطءُ الحاصلُ بعد العَقْد لا الوطءُ السَّابقُ عليه، فلذا احتيج للزِّيادة الَّتي زادها في "البحر".

(قولُهُ: فإنَّ الَّذي يظهرُ لي دُخولُ هذا إلخ) والَّذي رأيتُه في "شرح" "عُيُون المسائل" لـ"أبي اللَّيث السَّمرقنديِّ" لـ"زَيْن الدِّين عبدِ الحميد البُخاريِّ" من النِّكاح: ((ولو أنَّ رجلاً تزوَّج صغيرةً فدَفعَها دفعةً فأذهبت عُذْرتَها ثمَّ طلَّقها قبل أنْ يُدخلَ بها فلها نصفُ الصَّدَاق، ولا يجبُ بذهاب العُذْرة شيءٌ وهو قولُ "أبي يوسف" في رواية "الحسن بن زيادة"، وفي قولِ "محمَّدٍ" و"زُفَرَ" ـ وهو قولُ "أبي يوسف" الَّذي رَوَى عنه محمَّدٌ ـ لها المهرُ كاملاً، وجهُ قولِ "أبي حنيفة" وإحدى الرِّوايتَيْن عن "أبي يوسف": أنَّ الطَّلاقَ قبل الدُّخول لا يُوجِبُ إلاَّ نصفَ المهر، والعُذْرةُ زالت بغير الوطء وبغير الجنايَة من قِبَل الزَّوج فلا يجبُ المهرُ كاملاً، كما إذا زالَتْ بوَثْبةٍ أو طَفْرةٍ، ووجْهُ قولِهم: أنَّ العُذْرَةَ زالَتْ بفِعْل الزَّوج فيجبُ كَمالُ المهْر، كما إذا أزالَها بالوطْءِ أو بخَشَبةٍ)) اهـ. وبهذا يُعلمُ صحَّةُ ما ذكرَهُ في "البحر"، وأنَّ وُجُوبَ كمال المهْرِ فيما لو أزالَها بحجَرٍ لا يتوقَّفُ على الخَلْوة بل هو لكونه بفعْلِه، أو لكونه جنايةً على اختلاف التَّعليلَيْن للرِّوايتَيْن كما ذُكِر.

---

(١) "الفتاوى الهندية": الباب الثامن في الديات ٢٨/٦.

(٢) لم نعثر عليها في مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

(٣) "الخانية": فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

و لم يَدخُل بها)) ذكَرَ مثلَهُ في جنايات "الخانيَّة"(١)، ومثلَهُ في "الفتح"(٢) هنا، وهو صريحٌ فيما قلناه في مسألةِ الدَّفعِ، ومُشيرٌ إلى أنَّ مسألة الحَجَرِ في الخلوةِ؛ إذ لا يَظهَرُ الفَرْقُ بين مجرَّدِ إزالتها بحَجَرٍ أو دَفْعةٍ، ويدلُّ عليه أنَّ المُفادَ من إيجابِ نصفِ المهر في مسألة الدَّفع أنَّ الزَّوج لا ضمانَ عليه في إزالةِ بكارةِ الزَّوجة بأيِّ سببٍ كان؛ لأنَّ وجوبَ نصف المهر عليه إنما هو بحكمِ الطَّلاق قبل الدُّخول، وإلاَّ لوجَبَ عليه مهرٌ آخرُ؛ لإزالتِها بالدَّفع كما في مسألةِ امرأةِ الغير.

وبه عُلِمَ أنَّ لُزُومَ كمالِ المهر فيما لو أزالَها بحَجَرٍ إنما هو بحكمِ الطَّلاقِ بعدَ الخلوة لا بسببِ إزالتِها بالحَجَرِ، وإلا لكانَ الواجبُ عليه مهرين(٣)، [٣/ق٨٢/ب] حتَّى لو كان قد ضرَبَها بحَجَرٍ بدون خلوةٍ فأزالَ بكارتَها لا يَلزَمُهُ شيءٌ لإزالةِ البكارة، فإذا طَلَّقَها قبل الخلوة أيضاً فعليه نصفُ المهر بحكم الطَّلاق كما في مسألة الدَّفع، ويدلُّ أيضاً على ما قلنا من عدمِ الفَرْقِ بين إزالتِها بحَجَرٍ أو دَفْعٍ أنَّه صرَّحَ في "الخانيَّة"(٤): ((بأنَّه لو دفَعَ بكْراً أجنبيَّةً صغيرةً أو كبيرةً، فذَهَبَتْ عُذرتُها لَزِمَهُ المهرُ))، وذكَرَ مثلَهُ(٥) فيما لو أزالَها بحَجَرٍ أو نحوِهِ، فلم يُفرِّقْ بين الدَّفعِ والحَجَرِ في الأجنبيَّة، فعُلِمَ أنَّ الفَرْقَ بينهما في الزَّوجةِ من حيث الخلوةُ وعدمُها؛ إذ لا شيءَ على الزَّوجِ في مجرَّدِ إزالتها بالدَّفع لملكِهِ ذلك بالعَقْد، فلا وجهَ لضمانِهِ به بخلاف الأجنبيِّ، وحيث لم يَلزَمْهُ شيءٌ بمجرَّدِ الدَّفع لا يَلزَمُهُ شيءٌ أيضاً بمجرَّدِ إزالتِها بالحَجَرِ ونحوِهِ؛ إذ لا فَرْقَ بين آلةٍ وآلةٍ في هذه الإزالةِ، فالدَّفعُ غيرُ قيدٍ، ثمَّ رأيتُ في جنايات "أحكام الصِّغار"(٦)

---

(١) "الخانية": فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/٣.

(٣) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((مهران)).

(٤) "الخانية": كتاب الجنايات ـ فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) أي: في "الخانية": كتاب الجنايات ـ فصل في القتل الذي يوجب الدية ٤٤٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "جامع أحكام الصغار": في مسائل البزغ والفصد والختان ١٧٤/٢ بتصرف يسير، نقلاً عن "فوائد الشيخ برهان الدين" رحمه الله.

فعلى الأجنبيِّ أيضاً نصفُ مهرِ مثلِها إنْ طُلِّقَتْ قبل الدُّخول، وإلاّ فكلُّهُ، "نهر" بحثاً...

صرَّحَ: ((بأنَّ الزَّوجَ لو أزالَ عُذرتَها بالأصبع لا يَضمَنُ، ويُعزَّرُ[1])) اهـ.

ومقتضاه أنَّه مكروهٌ فقط، وهل تنتفي الكراهةُ بسببِ العجز عن الوصولِ إليها بكْراً؟ الظَّاهرُ لا، فإنَّه يكون عِنِّيناً بذلك، ويكونُ لها حقُّ التَّفريق، ولو جازَ ذلك لَما ثَبَتَتْ عُنَّتُهُ بذلك العجزِ، والله أعلم، فافهم.

[١١٨٩٦] (قولُهُ: فعلى الأجنبيِّ أيضاً) أي: كما أنَّ على الزَّوجِ نصفَ المسمَّى كما مَرَّ[2] عن "البحر".

[١١٨٩٧] (قولُهُ: إنْ طُلِّقَتْ) أي: طَلَّقَها زوجُها.

[١١٨٩٨] (قولُهُ: "نهر"[3] بحثاً) راجعٌ إلى قولِهِ: ((وإلاَّ فكلُّهُ))، وذلك حيث قال: ((وفي "جامع الفصولين"[4]: تدافعَتْ جاريةٌ مع أخرى فزالَتْ بكارتُها وجَبَ عليها مهرُ المثل اهـ. وهو بإطلاقِهِ يَعُمُّ ما لو كانت المدفوعة مُتزوِّجةً، فيُستفادُ منه وجوبُهُ على الأجنبيِّ كاملاً فيما إذا لم يُطلِّقْها الزَّوجُ قبل الدُّخولِ، فتدبَّره)) انتهى كلامُ "النَّهر".

وفيه[5]: أنَّ عبارة "جامع الفصولين" تدلُّ على وجوبِ كمالِ مهرِ المثل مطلقاً من غيرِ تفصيلٍ بين ما إذا طَلَّقَها قبلَ الدُّخول أوْ لم يُطلِّقْها كما لا يخفى، وحينئذٍ يُعارِضُ إيجابَهم نصفَ مهرِ المثل على الأجنبيِّ فيما إذا طَلَّقَها الزَّوجُ قبلَ الدُّخول. اهـ "ح"[6].

(قولُهُ: راجعٌ إلى قولِهِ: وإلاَّ فكلُّه إلخ) بل هو راجعٌ لقوله: ((ولو الدَّفعُ من أجنبيٍّ إلى آخر العبارة))، فإنَّ جميعَ ذلك مذكورٌ في "النَّهر"، وعبارتُه: ((ولو الدَّفعُ من أجنبيٍّ وَجبَ بالطَّلاق قبل الدُّخول نصفُ المُسمَّى على الزَّوج، وعلى الأجنبيِّ نصفُ صَدَاقِ مثْلِها)). وفي "جامع الفُصولَيْن": ((تدافَعتْ جاريةٌ إلخ)).

---

(١) في "ب" و"م": ((يعذر)) بالذال، وهو تحريف، وما أثبتناه من "الأصل" و"آ" هو الموافق لـ"جامع أحكام الصغار".

(٢) المقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها إلخ)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/ب.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والثلاثون في الأحكامات ـ أحكام الصبيان ٢/٢٠٦ بتصرف نقلاً عن "الفتاوى الصغرى".

(٥) هذا إيراد من "ح".

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/أ.

....

وما في "جامع الفصولين" هو المذكورُ في "الخانيَّة"[١] و"البزَّازيَّة"[٢] وغيرهما، وهو الوجهُ؛ لِما علمتَ من أنَّ إزالةَ البكارةِ من أجنبيٍّ غيرِ الزَّوجِ تُوجِبُ مهرَ المثل على المُزيل، سواءٌ كانَتْ بدَفْعٍ أو حَجَرٍ، وذلك لا يُنافي وجوبَ نصفِ المسمَّى على الزَّوج [٣/ق٨٣/أ] بطلاقِها قبل الدُّخول؛ لاختلاف السَّبب، فإنَّ سبب إيجاب المهرِ كاملاً على الدَّافع الجنايةُ، وسببَ إيجابِ النِّصفِ على الزَّوج الطَّلاقُ، ولو كان ما وجَبَ على الزَّوجِ مُنقِصاً للجنايةِ ـ حتَّى أُوجِبَ النِّصفُ على الجاني ـ لَزِمَ أنْ لا يجبَ على الجاني شيءٌ إذا طَلَّقَها الزَّوجُ بعد الخلوةِ الصَّحيحة؛ لوجوب المهرِ كاملاً على الزَّوج.

هذا، وفي "المنح"[٣] عن "جواهر الفتاوى": ((ولو افتَضَّ مجنونٌ بكارةَ امرأةٍ بإصبعٍ فقد أشارَ في "المبسوط" و"الجامع الصَّغير"[٤]: إذا افتَضَّها كَرْهاً بإصبعٍ أو حَجَرٍ أو آلةٍ مخصوصةٍ حتَّى أفضاها فعليه المهرُ، ولكنَّ مشايخنا يَذكُرون أنَّ هذا وقَعَ سهواً، فلا يجبُ إلاَّ بالآلةِ الموضوعةِ لقضاء الشَّهوة والوطءِ، ويجبُ الأَرْشُ في مالِهِ)) اهـ.[٥]

قلت: وهذا مُشكِلٌ، فإنَّ الافتضاض إزالةُ البكارةِ، والإفضاءَ خَلْطُ مَسْلَكَي البولِ والغائطِ، والمشهورُ في الكتبِ المعتمدة المتداوَلة أنَّ مُوجَبَ الأوَّلِ مهرُ المثل ولو بغيرِ آلةِ الوطءِ كما علمتَهُ مما[٦] قدَّمناه[٧]، ومُوجَبَ الثَّاني الدِّيَةُ كاملةً إنْ لم تَستمسِكِ البولَ، وإلاَّ فثلثُها؛ لأنَّها جراحةٌ جائفةٌ،

---

(١) "الخانية": كتاب الجنايات ـ فصل في القتل الذي يوجب الدية ٣/٤٤٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البزازية": كتاب الجنايات ـ الفصل الثاني في الخطأ ـ نوع آخر في الجناية على الصبي ٦/٣٨٨ (هامش "الفتاوى الهندية") وأصل المسألة عنده أنَّ الصغيرة وقعت على أخرى لا دفعتها، وعزا أصل المسألة إلى "الفتاوى الصغرى".

(٣) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٣/أ.

(٤) لم نعثر على المسألة في نسخة "الجامع الصغير" التي بين أيدينا.

(٥) في "د" زيادة: ((فلهذا لم يذكره المصنف. حموي)). ق١٦٠/ب.

(٦) في "الأصل": ((على ما)).

(٧) المقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها إلخ)).

(و) يجبُ (نصفُهُ[1] بطلاقٍ..

وهذا لو من أجنبيٍّ، فلو من الزَّوجِ لم يَجِبْ في الأوَّلِ ضمانٌ كما مَرَّ[2]، وكذا في الثَّاني[3] عندهما خلافاً لـ"أبي يوسف"، حيث جعَلَ الزَّوجَ فيه كالأجنبيِّ، واعتمَدَهُ "ابن وهبان"[4] لتصريحِهم بأنَّ الواجب في سَلَسِ البَولِ الدِّيَةُ، وردَّهُ "الشُّرنبلاليُّ" في "شرح الوهبانيَّة": ((بأنَّ هذا في غيرِ الزَّوجِ))، وأطال في ذلك، والله تعالى أعلم.

[١١٨٩٩] (قولُهُ: ويجبُ نصفُهُ) أي: نصفُ المهرِ المذكور، وهو العَشَرةُ إنْ سَمَّاها أو دونها، أو الأكثرُ منها إنْ سَمَّاه، والمتبادِرُ التَّسميةُ وقتَ العَقْدِ، فخرَجَ ما فُرِضَ أو زِيدَ بعدَ العَقْدِ، فإنَّه لا يُنصَّفُ كالمتعةِ كما سيأتي[5]، وفي "البدائع"[6]: ((ولو شَرَطَ مع المُسمَّى ما ليس بمالٍ ـ بأنْ تَزَوَّجَها على ألفِ درهمٍ وعلى أنْ يُطلِّقَ امرأتَهُ الأخرى، أو على أنْ لا يُخرِجَها من بلدِها ـ ثمَّ طَلَّقَها قبل الدُّخولِ فلها نصفُ المسمَّى، وسقَطَ الشَّرطُ؛ لأنَّه إذا لم يَفِ به يجبُ تمامُ مهرِ المثل، ومهرُ المثل لا يَثْبُتُ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخول، فسقَطَ اعتبارُهُ، فلم يَبْقَ إلاَّ المسمَّى فيَتَنصَّفُ، وكذلك إنْ شرَطَ مع المسمَّى شيئاً مجهولاً ـ كأنْ يُهدِيَ لها هديَّةً ـ ثمَّ طَلَّقَها قبل الدُّخولِ فلها نصفُ المسمَّى؛ لأنَّه إذا لم يَفِ بالهديَّةِ يجبُ مهرُ المثل، [٣/ق٨٣/ب] ولا مدخلَ لمهرِ المثل في الطَّلاقِ قبل الدُّخولِ، فيَسقُطُ اعتبارُ هذا الشَّرطِ، وكذا لو تَزَوَّجَها على ألفٍ أو على ألفين، حتَّى وجَبَ مهرُ المثل)) انتهى.

٢/٣٣١

[١١٩٠٠] (قولُهُ: بطلاقٍ) الباء للمصاحبةِ لا للسَّببيَّةِ؛ لِما مَرَّ[7] من أنَّ الوجوب بالعَقْدِ،

---

(١) في "د" زيادة: ((ليس لغير الأب والجدِّ من الأولياء قبضُ المهر، إلاَّ أنْ يكونوا أوصياء، فللأُمِّ ذلك إذا كانت وصية. "حامدية" عن "التاترخانية")). ق١٦٠/ب.

(٢) المقولة [١١٨٩٥] قوله: ((أو إزالة بكارتها إلخ)).

(٣) ((في الثاني)) ساقط من "الأصل".

(٤) "الوهبانية"ـ فصل من كتاب الجنايات ١٠٤ (هامش "المنظومة المحبية").

(٥) "در" صـ٣٨٥ـ وما بعدها.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢/٢٩٧ بتصرف.

(٧) صـ٣٤٣ـ أول باب المهر.

قبلَ وطءٍ أو خلوةٍ) فلو كان نكَحَها على ما قيمتُهُ خمسةٌ كان لها نصفُهُ ودرهمان ونصفٌ (وعادَ النِّصفُ إلى مِلْكِ الزَّوجِ...

أفادَهُ في "الشُّرنبلاليَّة"[1]، ولو قال: بكلِّ فُرقةٍ من قِبَلِهِ لشَمِلَ مثلَ رِدَّتِهِ، وزِناهُ، وتقبيلِهِ، ومعانقتِهِ لأمِّ امرأتِهِ وبنتِها قبلَ الخلوة، "قهستاني"[2] عن "النَّظْم".

[١١٩٠١] (قولُهُ: قبل وطءٍ أو خلوةٍ) هو معنى قولِ "الكنز"[3]: ((قبلَ الدُّخولِ))، فإنَّ الدُّخولَ يَشمَلُ الخلوةَ أيضاً؛ لأنَّها دخولٌ حكماً كما في "البحر"[4] عن "المجتبى"، وسيأتي[5] متناً: ((أنَّ القول لها لو ادَّعَتِ الدُّخولَ وأنكَرَهُ؛ لأنَّها تُنكِرُ سقوطَ النِّصف)).

[١١٩٠٢] (قولُهُ: فلو كان نكَحَها إلخ) تفريعٌ على قولِهِ: ((ويجبُ نصفُهُ)) الشَّاملِ للعَشَرةِ فيما لو سَمَّى ما دونها كما قرَّرناه[6]، فافهم.

[١١٩٠٣] (قولُهُ: ودرهمان ونصفٌ) لأنَّه لَمَّا سَمَّى ما قيمتُهُ دون العَشَرةِ لَزِمَ خمسةٌ أخرى تكملةَ العَشَرةِ، ولَمَّا طَلَّقَها قبل الدُّخولِ كان لها نصفُ المسمَّى ونصفُ التَّكمِلة.

[١١٩٠٤] (قولُهُ: وعادَ النِّصفُ إلى مِلكِ الزَّوجِ) أي: ولو كان تبرَّعَ به عنه آخرُ، وإذا كانت الفُرقةُ قبل الدُّخولِ من قِبَلِها عادَ إليه الكلُّ، قال في "البحر"[7] عن "القنية"[8]: ((لو تُبُرِّعَ

(قولُهُ: قال في "البحر" عن "القُنْية": لو تُبُرِّعَ بالمهْرِ عن الزَّوج إلخ) عزا ذلك فيها إلى "الفتاوى الصُّغْرى"،

---

(١) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٢/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في المهر ٢٨٦/١ بتصرف يسير.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥١/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٤/٣.

(٥) "در" صـ٤١١ـ.

(٦) المقولة [١١٨٩٩] قوله: ((ويجب نصفه)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٦/٣.

(٨) "القنية": كتاب المداينات ق١٦١/أ.

بمجرَّدِ الطَّلاقِ إذا[1] لم يكن مُسلَّماً لها، وإنْ) كان (مُسلَّماً) لها لم يَبطُلْ مِلْكُها منه،

بالمهرِ عن الزَّوج، ثمَّ طَلَّقَها قبل الدُّخولِ أو جاءَت الفُرقةُ من قِبَلِها يعودُ نصفُ المهرِ في الأوَّلِ والكلُّ في الثَّاني إلى مِلكِ الزَّوجِ بخلافِ المتبرِّعِ بقضاءِ الدَّين، إذا ارتفَعَ السَّببُ يعودُ إلى مِلكِ القاضي إن كان بغيرِ أمرِهِ)).

[١١٩٠٥] (قولُهُ: بمجرَّدِ الطَّلاقِ) أي: بالطَّلاقِ المجرَّدِ عن القضاءِ والرِّضاء.

[١١٩٠٦] (قولُهُ: إذا لم يكن مُسلَّماً لها) وكذا إذا كان دَيْناً لم تَقبَضْهُ، فإنَّه يَسقُطُ نصفُ المسمَّى بالطَّلاقِ ويبقى النِّصفُ كما في "البدائع"[2].

ونقله في "البحر" و"المَقدسيُّ" ولم يَحكيا خلافاً، وذكَرَهُ في الفصلِ الرَّابعِ والثَّلاثين من "الفُصُولَين"، وعبارتُه: ((ولو تبرَّع بدَيْنٍ ثم انتقضَ ذلك بوجْهٍ من الوُجُوه يعودُ إلى مِلكِ القاضي إذا تبرَّع بقضاءِ دينِهِ، ولو قضاهُ بأمره يعودُ إلى مِلكِ مَن عليه، ويضْمنُ للقاضي مِثلَهُ، ولو تبرَّع بمهْرٍ ثمَّ خرج من المهريَّة بردَّتِها، أو خرج نصفُهُ بطلاقٍ قبل دُخُولٍ يَرجعُ إلى مِلكِ المُتبرِّع، وكذا المُتبرِّعُ بالثَّمن إذا انفسخَ البيعُ ورجعَ في الثَّمن)) اهـ. وفي "نور العين" ـ بعد ذكر مسألة الدَّين السَّابقة ـ: ((تبرَّع بمهْرِ ابنه ثمَّ ارتفع النِّكاحُ فالمهْرُ للأب، وكذا التَّبرُّعُ بسائر الدُّيون)) اهـ. وفي "الذَّخيرة": ((من قَضَى دينَ غيره بأمره أو بغير أمره يخرجُ المَقْضيُّ به عن مِلْك القاضي إلى مِلْك المَقْضيِّ له مِن غير أنْ يدخُلَ في مِلْك المَقضيِّ عنه، ألا تَرَى أنَّ القضاءَ عن المَيْت صحيحٌ مع أنَّه ليس من أهل المِلْك، ومَن قَضى دينَ غيره بسببٍ فعند ارتفاعِ ذلك السَّبب يعودُ المَقضيُّ به إلى مِلْك القاضي إنْ قضاهُ بغير أمر، وإنْ بأمرٍ يعودُ إلى مِلْك المَقضيِّ عنه؛ لأنَّ الأصلَ عند ارتفاع السَّبب أن يعودَ إلى مِلْك القاضي إلاَّ أنَّ القضاءَ إذا كان بأمر المَقضيِّ عنه، فالقاضي استحقَّ البدَلَ عليه، فلو قُلْنا بعَوْده إلى مِلْكه بعد ارتفاع السَّبب يجتمعُ البدَلُ والمُبدَلُ في مِلْكٍ واحدٍ وهو لا يجوزُ، وهذا المعنى معدومٌ فيما إذا قضى بغير أمره، وعلى ما ذُكِرَ تكونُ عبارةُ "القُنْية" محمولةً على ما إذا تبرَّع عن الزَّوج بأمره، وإلاَّ فلا يظهرُ فرْقٌ بين دَيْن المهْرِ وغيرِه، تأمَّل.

---

(١) في "ط": ((إذ)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل : وأما بيان مايسقط به نصف المهر ٢/٢٩٧.

بل (توقَّفَ) عَوْدُهُ إلى مِلْكِهِ (على القضاءِ أو الرِّضا) فلهذا (لا نفاذَ لعتقِهِ) أي: الزَّوجِ (عبدَ المهرِ بعد طلاقِها قبلَهُ) أي: قبلَ القضاء ونحوِهِ؛ لعدمِ ملكِهِ قبلَهُ (ونفَذَ تصرُّفُ المرأةِ) قبلَهُ (في الكلِّ لبقاءِ مِلْكِها) وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ يومَ القبضِ؛

[١١٩٠٧] (قولُهُ: بل توقَّفَ عَوْدُهُ إلخ) أي: عَوْدُ النِّصفِ إلى ملكِهِ؛ لأنَّ العَقْدَ وإن انفسَخَ بالطَّلاقِ فقد بقيَ القبضُ بالتَّسليطِ الحاصلِ بالعَقْدِ، وإنَّه من أسبابِ المِلْكِ، فلا يَزُولُ المِلْكُ إلاَّ بالفسخِ من القاضي؛ لأنَّه فسخٌ لسببِ المِلْكِ، أو بتسليمِها؛ لأنه نقضٌ للقبض حقيقةً، "بدائع"[(١)].

[١١٩٠٨] (قولُهُ: عبدَ المهرِ) مفعولُ ((العتقِ))، والمرادُ نصفُهُ، وكذا كلُّهُ بالأَولى؛ إذ لا حقَّ له في النِّصفِ الآخرِ.

[١١٩٠٩] (قولُهُ: بعدَ طلاقِها قبلَهُ) الظَّرفان مُتعلِّقان بـ((عِتْقِ)).

[١١٩١٠] (قولُهُ: ونحوِهِ) المرادُ به الرِّضاءُ. اهـ "ح"[(٢)].

[١١٩١١] (قولُهُ: لعدمِ ملكِهِ قبلَهُ) أي: قبلَ القضاءِ ونحوِهِ، حتَّى لو قَضَى القاضي بعد العتقِ بالنِّصف له لا يَنفُذُ [٣/ق٨٤/أ] ذلك العتقُ؛ لأنه عِتْقٌ سبَقَ مِلكَهُ كالمقبوضِ بشراءٍ فاسدٍ، إذا أعتقَهُ البائعُ ثمَّ رُدَّ عليه لا يَنفُذُ ذلك العتقُ الذي كان قبل الرَّدِّ، "فتح"[(٣)].

[١١٩١٢] (قولُهُ: ونفَذَ تصرُّفُ المرأةِ) من جملةِ المفرَّعِ على قولِهِ: ((بل توقَّفَ إلخ))، "ط"[(٤)]. وشَمِلَ التَّصرُّفُ العتقَ والبيعَ والهبةَ، وقولُهُ: ((قبلَهُ)) أي: قبلَ القضاءِ ونحوِهِ.

[١١٩١٣] (قولُهُ: وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ إلخ) لأنَّه إذا نفَذَ تصرُّفُها فقد تعذَّرَ عليها رَدُّ النِّصفِ بعد وجوبِهِ، فتَضمَنُ نصفَ قيمتِهِ للزَّوجِ يوم قَبَضَتْ، "بحر"[(٥)]، أي: لأنَّه بالقبضِ دخَلَ في ضمانِها.

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل : وأما بيان مايسقط به نصف المهر ٢/ ٢٩٨ بتصرف.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/ ٢٠٩ بتصرف يسير.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/ ٤٩.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/ ١٥٥.

لأنَّ زيادةَ المهرِ المنفصلةَ تتنصَّفُ قبلَ القبضِ لا بعدَهُ.......................

[١١٩١٤] (قولُهُ: لأنَّ زيادةَ المهرِ) تعليلٌ لِما استُفِيدَ من التَّقييد بالأصل، وهو أنَّ المهر لو زادَ بعد القبض لا تَضمَنُ الزِّيادةَ، لكنْ في المسألةِ تفصيلٌ؛ لأنَّ الزِّيادة في المهرِ إمَّا مُتَّصلةٌ مُتولِّدةٌ من الأصلِ كسِمَنِ الجاريةِ وجَمالِها وأثمارِ الشَّجر، أو غيرُ مُتولِّدةٍ كصَبْغِ الثَّوبِ والبناءِ في الدَّار، أو مُنفصِلةٌ مُتولِّدةٌ كالولدِ والثَّمر إذا جُذَّ، أو غيرُ مُتولِّدةٍ كالكسبِ والغَلَّةِ. وكُلٌّ إمَّا أنْ يكونَ قبل القبض فيَتَنصَّفُ إلاَّ الغيرَ المُتولِّدةِ بقسميها، أو بعدَهُ فلا يَتنصَّفُ، فالأقسامُ ثمانيةٌ كما في "النَّهر"[١] وغيره.

والحاصلُ: أنَّ الزِّيادةَ لا تَتنصَّفُ، بل تَسلَمُ للزَّوجةِ إذا حدَثَتْ بعدَ القبض مطلقاً، أو قبلَهُ إنْ كانَتْ غيرَ مُتولِّدةٍ مُتَّصلةً أو منفصلةً، فكان الأَولى لـ"الشَّارح" أنْ يقول: ((لأنَّ الزِّيادةَ المُتولِّدةَ قبل القبضِ تتنصَّفُ دونَ غيرها)).

ثمَّ اعلمْ أنَّ هذا كُلَّهُ إذا حدَثَتِ الزِّيادةُ قبلَ الطَّلاق، فلو بعدَهُ: فإنْ كانَتْ قبل القبضِ تَنصَّفَتْ كالأصل، وإنْ بعدَ القبض فإنْ كان بعد القضاء للزَّوجِ بالنِّصف فكذلك، وإلاَّ فالمهرُ في يدِها كالمقبوضِ بعَقْدٍ فاسدٍ؛ لأنَّه فسَدَ مِلكُها في النِّصفِ[٢] بالطَّلاقِ كما في "البدائع"[٣]، وبقي مسائلُ نقصانِ المهر، وهي خمسٌ وعشرون صورةً مذكورةً في "البحر"[٤] و"النَّهر"[٥].

[١١٩١٥] (قولُهُ: قبلَ القبضِ) ظرفٌ لقولِهِ: ((تَتنصَّفُ))، والواقعُ في "النَّهر"[٦] وغيرِهِ جعلُهُ ظرفاً للزِّيادةِ، فإنَّ المؤدَّى واحدٌ، "ط"[٧].

(قولُهُ: لكن في المسألة تفصيلٌ إلخ) يُنظرُ ما في "الفتح" و"البحر".

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٧/ب ـ ق١٧٨/أ.

(٢) في "ب" و"م": ((ملكها النصف)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢/٣٠٠ ـ ٣٠١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٥٥-١٥٦.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٨/أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٨/أ.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٠ بتصرف.

(ووَجَبَ مهرُ المثلِ في الشِّغارِ) هو أنْ يُزوِّجَهُ بنتَهُ على أنْ يُزوِّجَهُ الآخرُ بنتَهُ أو أختَهُ مثلاً معاوضةً بالعقدين،........................

قلت: ويصحُّ جَعْلُ الظَّرفِ مُتعلِّقاً بمحذوفِ حالٍ من ((زيادةَ))، فتَتَّحِدُ العبارتان.

مطلبٌ: نكاحُ الشِّغار

[١١٩١٦] (قولُهُ: في الشِّغارِ) بكسرِ الشِّين: مصدرُ ((شاغَرَ)). اهـ "ح"[1].

[١١٩١٧] (قولُهُ: هو أنْ يُزوِّجَهُ إلخ) قال في "النَّهر"[2]: ((وهو أنْ يُشاغِرَ الرَّجلَ، أي: يُزوِّجَهُ حريمَتَهُ على أنْ يُزوِّجَهُ الآخرُ حريمَتَهُ ولامهرَ إلاَّ هذا، كذا في "المغرب"[3])، أي: على أنَّ يكونَ بُضعُ كلٍّ صَداقاً [٣/ق٨٤/ب] عن الآخرِ، وهذا القيدُ لا بدَّ منه في مُسمَّى الشِّغار، حتَّى لو لم يَقُلْ ذلك ولا معناه، بل قال: زَوَّجْتُكَ بنتي على أنْ تُزَوِّجَني بنتَكَ فقبِلَ، أو على أنْ يكونَ بُضعُ بنتي صداقاً لبنتِك فلم يَقبَلِ الآخرُ، بل زَوَّجَهُ بنتَهُ و لم يَجعلْها صَداقاً لم يكن شِغاراً بل نكاحاً صحيحاً اتِّفاقاً وإنْ وجَبَ مهرُ المثلِ[4] في الكلِّ؛ لِما أنَّه سَمَّى ما لا يَصلُحُ صَداقاً. وأصلُ الشُّغورِ: الخُلُوُّ، يقال: بلدةٌ شاغِرةٌ إذا خلَتْ عن السُّلطان، والمرادُ هنا الخُلُوُّ عن المهرِ؛ لأنَّهما بهذا الشَّرطِ كأنَّهما أَخلَيا البُضعَ عنه، "نهر"[5]. ٣٣٢/٢

[١١٩١٨] (قولُهُ: مُعاوَضةً بالعَقْدينِ) المرادُ بالعَقْدِ المعقودُ عليه وهو البُضعُ كما في "الحواشي السَّعديَّة"[6]، أي: على أنْ يكون كلُّ بُضعٍ عِوَضَ الآخرِ مع القبولِ من العاقدِ الآخرِ كما يشيرُ إليه لفظُ المُفاعَلَة، فاحترَزَ عمَّا إذا لم يُصرِّح بكونِ كلِّ بُضعٍ عِوَضَ البُضعِ الآخرِ، أو صرَّحَ به أحدُهما وقال الآخرُ: زَوَّجتُكَ بنتي، كما مَرَّ[7].

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/أ ـ ب بتصرف يسير.

(٣) "المغرب": مادة((شغر)).

(٤) في "د" زيادة: ((لصحة العقد، كذا في "البحر"، "شرنبلالية")). ق١٦١/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/أ ـ ب.

(٦) "الحواشي السعدية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٢٢/٣ (هامش "فتح القدير").

(٧) في المقولة السابقة.

وهو منهيٌّ عنه لِخُلُوِّهِ عن المهرِ، فأوجبنا فيه مهرَ المثل، فلم يَبْقَ شِغاراً (و) في (خدمةِ زَوْجٍ حرٍّ)..

[١١٩١٩] (قولُهُ: وهو مَنْهيٌّ عنه لخُلُوِّهِ عن المهرِ إلخ) جوابٌ عمَّا أورَدَهُ "الشَّافعيُّ" من حديثِ "الكتبِ السِّتةِ" مرفوعاً من النَّهيِ عن نكاحِ الشِّغار[1]، والنَّهيُ يقتضي فسادَ المَنْهيِّ عنه، والجوابُ: أنَّ مُتعلَّقَ النَّهي ـ مُسمَّى الشِّغارِ المأخوذُ في مفهومِهِ ـ خلوُّهُ عن المهرِ وكونُ البُضعِ صَداقاً، ونحن قائلون بنفي هذه الماهيَّةِ وما يَصدُقُ عليها شرعاً، فلا نُثبِتُ النِّكاحَ كذلك بل نُبطِلُهُ، فيَبقَى نكاحاً مُسمًّى فيه ما لا يَصلُحُ مهراً، فيَنعقِدُ مُوجِباً لمهرِ المثل كالمسمَّى فيه خمرٌ أو خنزيرٌ، فما هو مُتعلَّقُ النَّهيِ لم نُثبِتْهُ، وما أثبتناه لم يَتَعلَّق به، بل اقتَضَتِ العُموماتُ صِحَّتَهُ، وتمامُهُ في "الفتح"[2]. زادَ "الزَّيلعيُّ"[3]: ((أو هو ـ أي: النَّهيُ ـ محمولٌ على الكراهةِ)) اهـ، أي: والكراهةُ لا تُوجِبُ الفسادَ.

وحاصلُهُ: أنَّه مع إيجابِ مهرِ المثل لم يَبْقَ شِغاراً حقيقةً، وإنْ سُلِّمَ فالنَّهيُ على معنى الكراهةِ، فيكونُ الشَّرعُ أوجَبَ فيه أمرين: الكراهةَ ومهرَ المثل، فالأوَّلُ مأخوذٌ من النَّهيِ، والثَّاني من الأدلَّةِ الدَّالَّةِ على أنَّ ما سُمِّيَ فيه ما لا يَصلُحُ مهراً يَنعقِدُ مُوجِباً لمهرِ المثل، وهذا الثَّاني دليلٌ على حملِ النَّهيِ على الكراهةِ دون الفسادِ.

وبهذا التَّقريرِ اندفَعَ ما أُورِدَ من أنَّ حملَهُ على الكراهةِ يقتضي أنَّ الشِّغارَ الآن غيرُ مَنْهيٍّ عنه لإيجابِنا فيه مهرَ المثل، ووجهُ الدَّفعِ: أنَّه إذا حُمِلَ النَّهيُ على معنى الفسادِ فكونُهُ غيرَ مَنْهيٍّ عنه[4] الآنَ ـ أي: بعدَ إيجابِ مهرِ المثل ـ مُسلَّمٌ، وإنْ حُمِلَ على معنى الكراهةِ فالنَّهيُ [٣/ق٨٥/أ] باقٍ، فافهم.

[١١٩٢٠] (قولُهُ: وفي خدمةِ زوجٍ حُرٍّ) أي: يجبُ مهرُ المثل عندهما في جعلِهِ المهرَ خدمتَهُ

---

(١) تقدم تخريجه في المقولة [١١٤٣٦].

(٢) انظر "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٢٢٢ـ ٢٢٣.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/١٤٥ بتوضيح من ابن عابدين.

(٤) ((عنه)) ليست في "ب"و"م".

سَنَةً (للإمهارِ) لحرَّةٍ أو أَمَةٍ؛ لأنَّ فيه قلبَ الموضوعِ،.......................

إيَّاها سنةً، وقال "محمَّدٌ": لها قيمةُ الخدمةِ. قيَّدَ بالخدمةِ؛ لأنَّه لو تَزَوَّجَها على سُكْنى دارِهِ أو رُكُوبِ دابَّتِهِ أو الحملِ عليها، أو على أنْ تَزرَعَ أرضَهُ، ونحوِ ذلك من منافعِ الأعيانِ مُدَّةً معلومةً صَحَّتِ التَّسميةُ؛ لأنَّ هذه المنافعَ[١] مالٌ أو أُلحِقَتْ به للحاجةِ، "نهر"[٢] عن "البدائع"[٣]. واحترَزَ بالحُرِّ عن العبدِ كما يأتي[٤] في قوله: ((ولها خدمتُهُ لو عبداً))، وزادَ قولَهُ: ((أو أَمَةٍ)) لقولِ "النَّهر"[٥]: ((إنَّ الظَّاهرَ من كلامِهم أنَّه لا فَرْقَ بينها وبين الحُرَّةِ، بل التَّنافي المُعلَّلُ به أقوى في الأَمَةِ منه في الحُرَّةِ)).

[١١٩٢١] (قولُهُ: سنةً) إنما ذكرَهُ لتوهُّمِ صحَّةِ التَّسميةِ بتعيينِ المدَّة، فإذا لم تصحَّ في المعيَّنةِ ففي المجهولةِ بالأَولى، "ط"[٦].

[١١٩٢٢] (قولُهُ: لأنَّ فيه قلبَ الموضوعِ) لأنَّ موضوعَ الزَّوجيَّةِ أنْ تكونَ هي خادمةً له لا بالعكس، فإنَّه حرامٌ؛ لِما فيه من الإهانةِ والإذلالِ كما يأتي[٧]، فقد سَمَّى ما لا يَصلُحُ مهراً، فصحَّ العَقْدُ ووجَبَ مهرُ المثل، قال في "النَّهر"[٨]: ((واختَلَفت الرِّواياتُ في رَعْيِ غنمِها وزراعةِ أرضِها للتَّردُّدِ في تَمَحُّضِها خدمةً وعدمِهِ، فعلى روايةِ "الأصل" و"الجامع": لا يجوزُ، وهو الأصحُّ، ورَوَى "ابن سماعة": أنَّه يجوزُ، ألا ترى أنَّ الابن لو استأجَرَ أباه للخدمةِ لا يجوزُ، ولو استأجَرَهُ للرَّعيِ والزِّراعةِ يصحُّ، كذا في "الدِّراية"، وهذا شاهدٌ قويٌّ، ومن هنا قال "المصنِّفُ" في "كافيه"[٩] ـ بعدَ ذكرِ رواية "الأصل": ـ الصَّوابُ أنْ يَسلَمَ لها إجماعاً)) اهـ.

---

(١) في "د" زيادة: ((أموالٌ أو التحقت بالأموال شرعاً؛ إذ ليس فيه استخدام زوجها فجعلت أموالاً، والتحقت بالأعيان فصدقت تسميتها، "منح")). ق١٦١/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يصحُّ تسميته مهراً ٢٧٩/٢ بتصرف.

(٤) "در" صـ٣٦٩ـ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب بتصرف، وفيه: ((بل الثاني)) بدل: ((بل التنافي)).

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٠/٢ بتصرف.

(٧) "در" صـ٣٦٩ـ.

(٨) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب.

(٩) "كافي النسفي": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١١٣/أ.

كذا قالوا، ومُفادُهُ صحَّةُ تزوُّجِها على أنْ يَخدِمَ سيِّدَها أو وليَّها كقصَّةِ "شعيبٍ" مع "موسى" عليهما الصَّلاة والسَّلام[1]، كصحَّتِهِ.........................

[١١٩٢٣] (قولُهُ: كذا قالوا) الأَولى إسقاطُهُ؛ لأنَّ عادتَهم في مثل هذه العبارةِ تضعيفُ المقولِ والتَّبرِّي عنه، وهو غيرُ مرادٍ هنا، تأمَّل.

[١١٩٢٤] (قولُهُ: ومُفادُهُ إلخ) البحثُ لصاحب "النَّهر"[2]، قال "الرَّحمتيُّ": ((والظَّاهرُ أنَّ وليَّها يَضمَنُ لها حينئذٍ قيمةَ الخدمة بخلاف سيِّدِها؛ لأنَّه المُستحِقُّ لمهرِ أَمَتِهِ، والظَّاهرُ هنا الاتِّفاقُ على صحَّةِ التَّزويج بخلافِ خدمتِهِ لها)) اهـ.

قلت: لكنْ في "البحر"[3] عن "الظَّهيريَّة"[4]: ((لو تَزَوَّجَها على أنْ يهَبَ لأبيها ألفَ درهمٍ لها مهرُ المثل وهَبَ له أوْ لا، فإنْ وهَبَ كان له أنْ يَرجِعَ في هِبَتِهِ)) اهـ.

ومقتضاهُ وجوبُ مهر المثل في خدمةِ وليِّها وعدمُ لُزُومِ الخدمةِ، وكذا في مثلِ قصَّةِ "شُعيبٍ" عليه السَّلام، ولو فعَلَ الزَّوجُ ما سَمَّى ينبغي أنْ [٣/ق٨٥/ب] يجبَ له أجرُ المثل على وليِّها كما قالوا فيما لو قال له: اعمَلْ معي في كَرْمي لأُزوِّجَك ابنتي، فعَمِلَ ولم يُزوِّجْهُ له أجرُ المثل، تأمَّل.

[١١٩٢٥] (قولُهُ: كقصَّةِ "شُعيبٍ") فإنَّه زَوَّجَ "موسى" ـ عليهما السَّلام ـ بنتَهُ على[5] أنْ يَرعَى

(قولُهُ: ومُقتضاهُ وجوبُ مهْرِ المِثْل في خدمة وليِّها إلخ) فيه: أنَّ فرعَ "الشَّارح" جعَلَ خِدْمةَ الوليِّ مهْراً، وفرْعَ "الظَّهيريَّة" جعَلَ الهبةَ للأب مهْراً، والهِبةُ لا تصلُحُ مهْراً؛ لعدم كونها مالا أو مُلْحقاً به فلم يُسَمَّ ما يصلُحُ مهْراً فلذا وجَبَ مهْرُ المِثْل، بخلاف الخِدْمة فإنَّها مالٌ أو مُلْحقٌ به فصحَّت التَّسمية، والألْفُ في مسألة "الظَّهيريَّة" إنَّما جُعِلتْ تبرُّعاً للأب لا دخْلَ لها في المهْرِ، والخدمةُ للأب جُعِلتْ مهْراً.

---

(١) ((عليهما الصلاة والسلام)) ليست في "ب" و"و" و"د".

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٧/٣ بتصرف.

(٤) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل السابع في المهور ق ٨٠/ب.

(٥) ((على)) ساقطة من "آ".

على خدمةِ عبدِهِ أو أَمَتِهِ أو عبدِ الغيرِ برِضا مولاه أو حُرٌّ آخرَ برضاه..........

له غنمَهُ ثمانيَ سنين، وقد قَصَّهُ الله تعالى علينا بلا إنكارٍ، فكان شرعاً لنا، وقد استُدِلَّ بهذه القصَّةِ على ترجيحِ ما مَرَّ[1] من روايةِ الجواز في رَعْيِ غنمِها، وردَّهُ في "الفتح"[2]: ((بأنَّه إنما يَلزَمُ لو كانت الغنمُ مِلْكَ البنتِ دون "شُعيبٍ"، وهو مُنتَفٍ)) اهـ. وتَبِعَهُ في "البحر"[3].

ومُفادُهُ صحَّةُ الاستدلالِ بها على الجوازِ في رَعْيِ غنمِ الأب.

[١١٩٢٦] (قولُهُ: على خدمةِ عبدِهِ) أي: عبدِ الزَّوجِ، أي: خدمةِ عبدِهِ إيّاها، فالمصدرُ مضافٌ لفاعلِهِ، وكذا ما بعده.

[١١٩٢٧] (قولُهُ: أو حُرٌّ آخرَ برضاه) في "الغاية" عن "المحيط": ((لو تَزوَّجَها على خدمةِ حُرٍّ آخرَ فالصَّحيحُ صحَّتُهُ، وتَرجِعُ[4] على الزَّوج بقيمةِ خدمتِهِ)) اهـ.

٣٣٣/١

قال في "الفتح"[5]: ((وهذا يشيرُ إلى أنَّه لا يَخدِمُها، فإمَّا: لأنَّه أجنبيٌّ لا يُؤمَنُ الانكشافُ عليه مع مخالطتِهِ للخدمةِ، وإمَّا أنْ يكون مرادُهُ إذا كان بغيرِ أمرِ ذلك الحُرِّ))، ثمَّ قال[6] - بعدَ كلامٍ -: ((ويجبُ أنْ يُنظَرَ: فإنْ لم يكن بأمرِهِ ولم يُجِزْهُ وجَبَ قيمةُ الخدمةِ، وإنْ بأمرِهِ فإنْ كانَتْ خدمةً مُعيَّنةً تستدعي مخالطةً لا يُؤمَنُ معها الانكشافُ والفتنةُ وجَبَ أنْ تمنَعَ وتُعطَى هي قيمتَها، أوْ لا تستدعيَ ذلك وجَبَ تسليمُها وإنْ كانَتْ غيرَ[7] مُعيَّنةٍ بل تَزوَّجَها على منافعِ ذلك الحُرِّ، حتّى تصيرُ أحقَّ بها؛ لأنَّه أجيرٌ، وحينئذٍ[8] فإنْ صرَفَتْهُ في الأوَّلِ فكالأوَّلِ أو في الثَّاني فكالثَّاني)) اهـ،

---

(١) المقولة [١١٩٢٢] قوله: ((لأن فيه قلب الموضوع)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٢٤/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٧/٣.

(٤) ((وترجع)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٢٣/٣.

(٦) أي: في "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٢٣/٣-٢٢٤ بتصرف يسير.

(٧) ((غير)) ساقطة من "الأصل".

(٨) في "النسخ جميعها: ((وحد)) وما أثبتناه من "ط"، وقد نبه عليه مصحح "م".

(و) في (تعليمِ القرآنِ) للنصِّ بالابتغاءِ بالمال، وباءُ ((زَوَّجْتُكَ بما معك من القـرآنِ)) للسَّببيَّةِ أو للتَّعليلِ،..

أي: إنْ صَرَفَتْهُ واستخدَمَتْهُ في النَّوعِ الأوَّلِ ـ وهو ما يَستدعِي المخالطةَ ـ فكالأوَّلِ من المنعِ وإعطاءِ قيمةِ الخدمة، وإن استخدَمَتْهُ بما لا يَستدعِي ذلك فحكمُهُ كالثَّاني من وجوبِ تسليمِ الخدمة.

[١١٩٢٨] (قولُهُ: وفي تعليمِ القرآنِ) أي: يجبُ مهرُ المثل فيما لو تَزَوَّجَها على أنْ يُعلِّمَها القرآنَ أو نحوَهُ من الطَّاعاتِ؛ لأنَّ المسمَّى ليس بمالٍ، "بدائع"[١]، أي: لعدمِ صحَّةِ الاستئجارِ عليها عند أئمَّتِنا الثَّلاثة.

[١١٩٢٩] (قولُهُ: وباءُ: زَوَّجتُكَ بما معَكَ من القرآنِ[٢]) أي: الواردِ في حديثِ "سعدٍ السَّاعديِّ"[٣] من قولِهِ ﷺ [٣/ق٨٦/أ]: ((التَمِسْ ولو خاتماً من حديدٍ))، فالتَمَسَ فلم يَجِدْ شيئاً، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام: ((هل معك شيءٌ من القرآن؟)) قال: نعم، سورةُ كذا وسورةُ كذا لسُوَرٍ سَمَّاها، فقال عليه الصَّلاة والسَّلام: ((قد مَلَّكتُكَها بما معَكَ من القرآنِ))[٤]، ويُروَى: ((أنكحتُكَها))، و((زَوَّجتُكَها))، "ح"[٥] عن "الزَّيلعيِّ"[٦].

[١١٩٣٠] (قولُهُ: للسَّببيَّةِ أو للتَّعليلِ) أي: بسببِ أو لأجلِ أنَّكَ من أهلِ القرآن، فليست الباءُ مُتعيِّنةً للعِوَض.

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢/٢٧٧ بتصرف.

(٢) ((من القرآن)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٣) في هامش "م": ((قوله: سعد الساعدي، في "صحيح البخاري: عن سهل بن سعد الساعدي، فسقط هنا لفظ سهل ابن. اهـ مصححه)).

(٤) تقدَّم تخريجه في المقولة [١١٨٨٠] قوله: ((ورواية الأقلِّ إلخ)).

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/أ.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/١٤٦ بتصرف.

لكنْ في "النهر"[(١)]: ((ينبغي أنْ يصحَّ على قولِ المتأخِّرين))........................

[١١٩٣١] (قولُهُ: لكنْ في "النّهر"[(٢)]) أصلُهُ لصاحب "البحر"[(٣)] حيث قال: ((وسيأتي إنْ شاء الله تعالى في كتاب الإجاراتِ أنَّ الفتوى على جوازِ الاستئجار لتعليمِ القرآن والفقه، فينبغي أنْ يصحَّ تسميتُهُ مهراً؛ لأنَّ ما جازَ أخذُ الأجرةِ في مقابلتِهِ من المنافع جازَ تسميتُهُ صَداقاً كما قدَّمنا[(٤)] نقلَهُ عن "البدائع"[(٥)]، ولهذا ذكَرَ في "فتح القدير"[(٦)] هنا: أنَّه لَمَّا جوَّزَ "الشّافعيُّ" أخذَ الأجرِ على تعليمِ القرآن صَحَّحَ تسميتَهُ مهراً، فكذا نقولُ: يَلزَمُ على المُفتَى به صحَّةُ تسميتِهِ صَداقاً، ولم أرَ مَن تعرَّضَ له، والله الموفِّقُ للصَّواب)) اهـ.

واعترَضَهُ "المقدسيُّ": ((بأنَّه لا ضرورةَ تُلجئُ إلى صحَّةِ تسميتِهِ، بل تسميةُ غيرِهِ تُغني بخلافِ الحاجة إلى تعليمِ القرآن، فإنَّها تَحقَّقَتْ للتَّكاسُلِ عن الخيراتِ في هذا الزَّمان)) اهـ.

وفيه: أنَّ المتأخِّرين أفْتَوا بجوازِ الاستئجارِ على التَّعليمِ للضَّرورةِ كما صرَّحُوا به، ولهذا لم يَجُزْ على ما لا ضرورةَ فيه كالتِّلاوةِ ونحوِها. ثمَّ الضَّرورةُ إنما هي علَّةٌ لأصلِ جوازِ الاستئجار، ولا يَلزَمُ وجودُها في كلِّ فردٍ من أفرادِهِ، وحيث جازَ على التَّعليم للضَّرورةِ صَحَّتْ تسميتُهُ

(قولُهُ: وفيه: أنَّ المُتأخِّرين أفتَوْا بجواز الاستئجار على التَّعليم إلخ) يقالُ: إنَّ الضَّرورةَ لا تتعدَّى محلَّها بل تتقدَّرُ بقَدْرها وهي إنَّما اقتضَتْ جوازَ الاستئجار، وأنَّ هذه المَنفعَةَ تُقابَلُ بالمال في خُصُوص التَّعليم ولم يُوجَدْ ما يقتضي صحَّةَ المُقابلَة في البُضْع لعدم الدَّاعي، والضَّرورةُ إنَّما تُعتبرُ بالنِّسبة لغالب الأفراد لا لغيره.

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٨/٣ بتصرف يسير.

(٤) المقولة [١١٩٢٠] قوله: ((وفي خدمة زوج حر)).

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٧/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٢٤/٣ بتصرف.

....

مهراً؛ لأنَّه منفعةٌ[1] تُقابَلُ بالمالِ كسُكْنى الدَّارِ، ولم يَشترِطْ أحدٌ وجودَ الضَّرورةِ في المسمَّى؛ إذ يَلزَمُ أنْ يُقالَ مثلُهُ في تسميةِ السُّكنى مثلاً: إنَّ تسميةَ غيرِها تُغني عنها، مع أنَّ الزَّوجةَ قد تكونُ محتاجةً إلى التَّعليم دون السُّكنى والمالِ، واعترَضَ أيضاً في "الشُّرنبلاليَّة"[2]: ((بأنَّه لا يصحُّ تسميةُ التَّعليم؛ لأنَّه خدمةٌ لها وليست من مُشترَكِ مَصالِحِهما))، أي: بخلافِ رَعْيِ غَنَمِها وزراعةِ أرضِها، فإنَّه وإنْ كان خدمةً لها لكنَّه من المصالِحِ المشترَكةِ بينه وبينها، وأجاب تلميذُهُ الشَّيخ "عبدُ الحيِّ"[3]: ((بأنَّ الظَّاهر عدمُ تسليم كون التَّعليم [٣/ق٨٦/ب] خدمةً لها، فليس كلُّ خدمةٍ لا تجوزُ، وإنما يَمتنِعُ لو كانت الخدمةُ للتَّرذيلِ))، قال "ط"[4]: ((وهو حسنٌ؛ لأنَّ مُعلِّمَ القرآنِ لا يُعَدُّ خادماً للمُتعلِّم شرعاً ولا عُرفاً)) اهـ.

قلت: ويُؤيِّدُهُ أنَّهم لم يَجعلُوا استئجارَ الابنِ أباه لرَعْيِ الغنم والزِّراعةِ خدمةً، ولو كان رَعْيُ الغنم خدمةً و[5]رذيلةً لم يَفعَلْهُ[6] نبيُّنا و"موسى" عليهما الصَّلاة والسَّلام، بل هو حِرفةٌ كباقي الحِرَفِ الغيرِ المُسترذَلةِ يُقصَدُ بها الاكتسابُ، فكذا التَّعليمُ لا يُسمَّى خدمةً بالأَولى.

(تنبيهٌ)

قال في "النَّهر"[7]: ((والظَّاهرُ أنَّه يَلزَمُهُ تعليمُ كلِّ القرآن، إلاَّ إذا قامَتْ[8] قرينةٌ على إرادة

(قولُهُ: بأنَّ الظَّاهرَ عدمُ تسليم كوْنِ التَّعليم خِدْمةً لها، فليس كلُّ خِدْمةٍ إلخ) عبارةُ "ط": ((وبفرْضِ تسليمِ كونه خِدْمةً لها فليس إلخ)).

---

(١) في "ب"و"م": ((لأنَّ منفعته)).

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٢/١ بتصرف (هامش "الدرر والغرر").

(٣) عبد الحي: لم نهتد إلى ترجمته.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥١/٢ باختصار.

(٥) في "م": ((أو)) بدل الواو.

(٦) ((لم يفعله)) ساقط من "الأصل".

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب.

(٨) في "م": ((أقامت)).

(ولها خدمتُهُ لو) كان الزَّوجُ (عبداً) مأذونـاً في ذلـك، أمَّـا الحـرُّ فخدمتُـهُ لهـا حرامٌ؛ لِما فيه من الإهانةِ والإذلالِ، وكذا استخدامُهُ، "نهر" عن "البدائع"[1]........

البعضِ، والحفظُ ليس من مفهومِهِ كما لا يخفى)) اهـ، أي: فلا يَلزَمُـهُ تعليمُـهُ علـى وجـهِ الحفـظِ عن ظَهْرِ قلبِها.

[١١٩٣٢] (قولُهُ: ولها خدمتُهُ) لأنَّ الخدمةَ إذا كانَتْ بإذنِ المـولى صـار كأنَّـه يَخـدِمُ المـولى حقيقةً، "بحر"[2]. فليس فيه قلبُ الموضوع. اهـ "ح"[3]. ولأنَّ استخدام زوجتِهِ إيّاه ليـس بحـرامٍ؛ لأنَّه عُرْضةٌ للاستخدامِ والابتذالِ؛ لكونِهِ مملوكاً مُلحَقاً بالبهائم، "بدائع"[4].

[١١٩٣٣] (قولُهُ: مأذوناً في ذلك) أي: في التَّزوُّجِ على خدمتِهِ، فلو بلا إذنِ مولاه لم يصحَّ العَقْدُ.

[١١٩٣٤] (قولُهُ: أمَّا الحرُّ) أي: الزَّوجُ الحرُّ.

[١١٩٣٥] (قولُهُ: فخدمتُهُ لها حرامٌ) أي: إذا خدَمَها فيما يَخُصُّها على الظَّاهرِ ولو مِـن غـيرِ استخدامٍ، يدلُّ على[5] ذلك عطفُ الاستخدامِ عليه، "ط"[6].

[١١٩٣٦] (قولُهُ: وكذا استخدامُهُ) صرَّحَ به في "البدائـع"[7] أيضـاً وقـال: ((ولهـذا لا يجـوزُ للابنِ أنْ يَستأجِرَ أباه للخدمـة))، قـال في "البحـر"[8]: ((وحاصلُـهُ أنَّـه يَحـرُمُ عليهـا الاسـتخدامُ ويَحرُمُ عليه الخدمةُ)).

---

(١) ((عن "البدائع")) ساقط من "د".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٩/٣ بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٩/٢.

(٥) في "آ": ((عليه)).

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥١/٢.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يصح تسميته مهراً ٢٧٨/٢.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٩/٣.

(وكذا يجبُ) مهرُ المثل (فيما إذا لم يُسَمِّ) مهراً (أو نَفَى إنْ وَطِئَ) الزَّوْجُ (أو ماتَ عنها[1]

[١١٩٣٧] (قولُهُ: فيما إذا لم يُسَمِّ مهراً) أي: لم يُسَمِّهِ تسميةً صحيحةً أو سكَتَ عنه، "نهر"[2]. فدخَلَ فيه ما لو سَمَّى غيرَ مالٍ كخمرٍ ونحوِهِ، أو مجهولَ الجنسِ كدابَّةٍ وثوبٍ، قال في "البحر"[3]: ((ومِن صُوَرِ ذلك: ما إذا تَزَوَّجَها على ألفٍ على أنْ تَرُدَّ إليه ألفاً، أو تَزَوَّجَها على عبدِها، أو قالت: زَوَّجْتُكَ نفسي بخمسين ديناراً وأبرأْتُكَ منها فقَبِلَ، أو تَزَوَّجَها على حكمِها أو حكمِهِ أو حكمِ رجلٍ آخرَ، أو على ما في بطنِ جاريتِهِ أو أغنامِهِ، أو على أنْ يَهَبَ لأبيها ألفَ درهمٍ، أو على تأخيرِ الدَّينِ عنها سنةً ـ والتأخيرُ باطلٌ ـ أو على إبراءِ فلانٍ من الدَّينِ، أو على عِتْقِ أخيها أو طلاقِ [٣/ق٨٧/أ] ضَرَّتِها. وليس منه: ما لو تزوَّجَها على عبدِ الغيرِ لوجوب قيمتِهِ إذا لم يُجزْ مالكُهُ، أو على حَجَّةٍ لوجوبِ قيمةِ حَجَّةٍ وسطٍ لا مهرِ المثل ـ والوسطُ بركوبِ الرَّاحلةِ ـ أو على عِتْقِ أخيها عنها لثُبوتِ المِلكِ لها في الأخِ اقتضاءً، أو تَزَوَّجَتْهُ بمثلِ مهرِ أُمِّها وهو لا يَعلَمُهُ؛ لأنَّه جائزٌ بمقدارِهِ، وله الخيارُ إذا عَلِمَ)) اهـ ملخَّصاً باختصار.

٢/٣٣٤

[١١٩٣٨] (قولُهُ: أو نَفَى) بأنْ تَزَوَّجَها على أنْ لا مهرَ لها، "ط"[4].

[١١٩٣٩] (قولُهُ: إنْ وَطِئَ الزَّوجُ) أي: ولو حكماً، "نهر"[5]، أي: بالخلوةِ الصَّحيحةِ، فإنَّها كالوطءِ في تأكُّدِ المهر كما سيأتي[6].

[١١٩٤٠] (قولُهُ: أو ماتَ عنها)[7] قال في "البحر"[8]: ((لو قال: أو ماتَ أحدُهما لكان أَولى؛

---

(١) عبارة "و": ((أو مات أحدهما)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٨/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٥٦ـ١٥٧، وقد نقل هذه المسائل عن مصادر عدة.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥١.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٨/أ.

(٦) "در" صـ٤٠٣ـ.

(٧) من ((أي: بالخلوة)) إلى قوله: ((أو مات عنها)) ساقط من "الأصل".

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٥٧ وعبارته: ((ولو قال في "المختصر": أو مات أحدهما)) وقصد بالمختصر "الكنز".

إذا لم يتراضيا على شيءٍ) يصلُحُ مهراً (وإلاَّ فذلك) الشَّيءُ (هو الواجبُ،.........

لأنَّ موتها كموتِهِ كما في "التَّبيين"[١])) اهـ.

واعلم أنَّه إذا ماتا جميعاً: فعنده لا يُقضَى بشيءٍ، وعندهما يُقضَى بمهرِ المثل، قال "السَّرخسيُّ"[٢]: ((هذا إذا تقادَمَ العهدُ بحيث يتعذَّرُ على القاضي الوقوفُ على مهرِ المثل، أمَّا إذا لم يتقادَمْ يُقضَى بمهرِ المثل عنده أيضاً))، "حموي" عن "البِرْجنديِّ"، "أبو السُّعود"[٣].

(تنبيهٌ)

استفتى الشَّيخُ "صالح"[٤] بن "المصنِّف" من "الخيرِ الرَّمليِّ": ((عمَّا لو طَلَبَتِ المرأةُ مهرَ مثلها قبلَ الوطءِ أو الموتِ هل لها ذلك أم لا؟ ـ فأجابه بما في "الزَّيلعيِّ"[٥] ـ: من أنَّ مهرَ المثل يجبُ بالعَقْدِ، ولهذا كان لها أنْ تُطالِبَهُ به قبل الدُّخولِ، فيتأكَّدُ ويتقرَّرُ بموتِ أحدِهما أو بالدُّخولِ على ما مرَّ في المهرِ المسمَّى في العَقْدِ)) اهـ.

وبه صرَّحَ "الكمالُ"[٦] و"ابنُ ملكٍ" وغيرُهما، وقد بسَطَ ذلك في "الخيريَّة"[٧]، فراجعها.

[١١٩٤١] (قولُهُ: إذا لم يَتَراضيا) أي: بعدَ العَقْد.

[١١٩٤٢] (قولُهُ: وإلاَّ) بأنْ تَراضيا على شيءٍ فهو الواجبُ بالوطءِ أو الموتِ، أمَّا لو طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ فتجبُ المتعةُ كما يأتي[٨] في قوله: ((وما فُرِضَ بعدَ العَقْدِ أو زِيدَ لا يتنصَّفُ)).

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٣٩/٢.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب المهور ٦٧/٥ بتصرف.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب المهر ٤٩/٢ بتصرف.

(٤) صالح بن محمد بن عبد الله التمرتاشي الغزي(ت١٠٥٥هـ)، ("خلاصة الأثر" ٢٣٩/٢، "الأعلام" ١٩٥/٣).

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٣٩/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٣/٣ و٢٢١ بتصرف.

(٧) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٣/١-٣٤.

(٨) "در" صـ٣٨١ـ وما بعدها.

أو سَمَّى خمراً أو خنزيراً[١]، أو هذا الخلَّ وهو خمرٌ، أو هذا العبدَ وهو حرٌّ) لتعذُّرِ التَّسليمِ

[١١٩٤٣] (قولُهُ: أو سَمَّى خمراً أو خنزيراً) أي: سَمَّى المسلِمُ؛ لأنَّ الكلام فيه، أمَّا غيرُ المسلِم فسيأتي[٢] في بابه، وكذا الميتةُ والدَّمُ بالأولى؛ لأنه ليس بمالٍ أصلاً. وشَمِلَ ما لو كانت الزَّوجةُ ذِمِّيَّةً؛ لأنَّه لا يمكنُ إيجابُ الخمرِ على المسلم؛ لأنَّها ليست بمالٍ في حقِّهِ، وخرَجَ ما لو سَمَّى عَشَرَةَ دراهمَ ورطلَ خمرٍ، فلها المسمَّى، ولا يُكمَّلُ مهرُ المثل، "بحر"[٣] ملخَّصاً.

[١١٩٤٤] (قولُهُ: أو هذا الخَلَّ وهو خمرٌ إلخ) أي: يجبُ مهرُ المثل إذا سَمَّى حلالاً وأشار

(قولُ "المُصنِّف": أو هذا الخَلَّ وهو خَمْرٌ إلخ) الأصلُ عند الاختلاف في المُسمَّى والمُشارِ إليه أنَّهما إنْ كانا من جنسٍ واحدٍ فالمُعتبرُ المُشارُ إليه وإلاَّ فالمُسمَّى، وهذا الأصلُ لا خلافَ فيه إنَّما الخلافُ في التَّخريج؛ فـ"الإمامُ" يقولُ: الحُرُّ مع العبد جنسٌ؛ لأنَّ الأصلَ في الآدميِّ الحُرِّيَّةُ، وعارِضُ الرِّقِّ لا يُؤثِّرُ في تبديل الجنس؛ لأنَّ العبدَ يصيرُ حُرّاً والحُرُّ يصيرُ عبداً، بأنْ أُسِرَ الحربيُّ من غير تبديل العَيْن وكذا الخَلُّ والخَمْرُ، لاتِّحاد الصُّورة والمعنى فيهما، فالعِبْرةُ للمُشار إليه وهو لا يصلُحُ مهْراً فوجَبَ مهْرُ المِثْل، و"أبو يوسف" يقول: جنسان؛ لاختلافِهما حُكْماً، فالعِبْرةُ للمُسمَّى فعليه في الحُرِّ قيمتُه لو كان عبداً، وفي الخَمْر مثْلُه خَلاًّ، و"محمَّدٌ" مع "الإمام" في الحُرِّ، ومع "أبي يوسف" في الخَمْر، وإنَّما لم يُوجِبِ الثَّاني القِيمةَ أو عبداً وَسَطاً؛ لاعتبار الإشارةِ من وجهٍ اهـ. "زيلعيّ" وغيره، وفي "شرح البَعْليِّ" من أحكام الإشارة: ((الجنسُ عند الفُقهاء: الأمْرُ العامُّ سواءٌ كان جنساً عند الفلاسفة، أو نوعاً، وقد يُطلَقُ على الخاصِّ كالرَّجل والمرأة))، وفي "النَّهر": ((الجنسُ عند "أبي حنيفة" هو: الكُلِّيُّ المقولُ على كثيرين مُتَّحدي الصُّورة والمعنى، وعند "أبي يوسف": المقولُ على كثيرين مُخْتلفين بالأحكام، وعند "محمَّدٍ": مُخْتلفين بالمقاصد، انتهى)) اهـ.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو سمَّى خمراً أو خنزيراً، قال في "النهر": لم يقيِّدْهُ بإسلام الزوج مع أنَّ فساد التسمية مشروط بذلك؛ لأنَّ المسمَّى ليس بمال متقوِّمٍ في حقِّ المسلم، حتى لو تزوَّج مسلم ذمية على رطلٍ من خمرٍ وَجَبَ مهر المثل؛ لأنَّ الكلام في نكاحه، وسيأتي بيان غيره)). ق١٦١/أ.

(٢) "در" صـ٥٣١ـ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٢/٣.

....

إلى حرامٍ عند "أبي حنيفة"، فلو بالعكسِ كهذا الحرِّ فإذا هو عبدٌ لها العبدُ [٣/ق٨٧/ب] المشارُ إليه في الأصحِّ، وأشارَ إلى وجوب مهر المثل بالأولى لو كانا حرامين، ولو كانا حلالين وقد اختلَفا جنساً ـ كما إذا قال: على هذا الدَّنِّ من الخَلِّ فإذا هو زيتٌ، أو على هذا العبدِ فإذا هو جاريةٌ ـ كان لها مثلُ الدَّنِّ خَلاًّ، وعبدٌ بقيمةِ الجاريةِ كما في "الذَّخيرة"، إلاَّ أنَّ الذي في "الخانيَّة"[١]: ((أنَّ لها مثلَ ذلك المسمَّى))، ومقتضاه وجوبُ عبدٍ وسطٍ أو قيمتِهِ، ولا يُنظَرُ إلى قيمةِ الجاريةِ، "بحر"[٢] و"نهر"[٣] ملخَّصاً.

قال في "البحر"[٤]: ((فصار الحاصلُ أنَّ القِسمةَ رباعيَّةٌ؛ لأنَّهما: إمَّا أنْ يكونا حرامين أو حلالين أو مختلفَين، فيجبُ مهرُ المثل فيما إذا كانا حرامين أو المشارُ إليه حراماً، وتصحُّ التَّسميةُ

بقي ما لو سمَّى شيئاً أو أشار إلى معدومٍ، كما لو قال: تزوَّجتُكِ بما في هذا الكِيس، وهو ألْفُ درهمٍ، فوجدته فارغاً فلها المُسمَّى كما يُعلمُ ممَّا ذكره "قاضيخان" في "شرح الزِّيادات" من الوكالة، وعبارتُه: ((رجلٌ قال لغيره: اشْتَرِ لي جاريةً بما في هذا الكِيْس وهو ألْفُ درهمٍ، أو قال: اشْتَرِ لي جاريةً بألْفِ درهمٍ الَّتي في هذا الكِيْس ودفعَ إليه الكِيْسَ فاشتراها بألْفِ درهمٍ فنَظَر فيه فإذا فيه ألْفُ دينارٍ، أو ألْفُ فَلْسٍ، أو تسعُمائةِ درهمٍ، أو وجدَه فارغاً فالشِّراءُ على الآمِرِ؛ لأنَّه سمَّى الدَّراهمَ وأشار إلى الدَّنانير أو الفُلُوس وهما جنْسان، فيتعلَّقُ العَقْدُ بالمُسمَّى، وأمَّا إذا وجدَهُ فارغاً فكذلك؛ لأنَّه أشار إلى المَعدُوم، وأمْرُ المَعدُوم في منْعِ تعلُّقِ العَقْد به فوق اختلاف الجنْس، وكذا لو كان فيه تسعُمائةٍ؛ لأنَّ قدْرَ المائة معدومٌ.

(قولُهُ: ومُقتضاهُ وُجوبُ عبدٍ وسَطٍ أوْ قِيمتِهِ إلخ) يُمكنُ إرجاعُ ما في "الخانيَّة" لِما في "الذَّخيرة": بأنْ يُرادَ بمثْلِ ذلك ما لُوحِظَ فيه أيضاً قيمةُ الجارية؛ لأنَّ الإشارةَ مُعتبرةٌ من وجْهٍ.

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ١/٣٨١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٩.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٣/ب ـ ١٨٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٩ بتصرف.

(أو دابَّةً) أو ثوباً أو داراً و(لم يُبيِّنْ جنسَها) لفُحْشِ الجهالةِ.

(و) تجبُ (مُتعةٌ لمفوِّضةٍ) وهي مَن زُوِّجَتْ بلا مهرٍ..........

في الباقِيَين))، قال[1]: ((وأشار "المصنِّفُ" بوجوبِ مهر المثلِ عَيْناً إلى أنَّ المُشارَ إليه لو كان حُرّاً حربيّاً، فاسترِقَّ وملَكَهُ الزَّوجُ لا يَلزَمُهُ تسليمُهُ، وفي "الأسرار": أنَّه مُتَّفَقٌ عليه، وكذا الخمرُ لو تَخلَّلتْ لم يَجبْ تسليمُها)).

[١١٩٤٥] (قولُهُ: أو دابَّةً أو ثوباً) لأنَّ الثِّيابَ أجناسٌ كالحيوانِ والدَّابَّةِ، فليس البعضُ أَولى من البعضِ بالإرادة، فصارت الجهالةُ فاحشةً، "بحر"[2]. ثمَّ ذكَرَ تعريفَ الجنس عند الفقهاء، وسيأتي[3] الكلامُ عليه عند قول "المصنِّف": ((ولو تَزَوَّجَها على فرسٍ فالواجبُ الوسطُ أو قيمتُهُ)).

مطلبٌ: أحكامُ المُتعة

[١١٩٤٦] (قولُهُ: وتجبُ مُتعةٌ لِمُفوِّضةٍ) بكسر الواو: مَن فَوَّضَتْ أمرَها لوليِّها وزَوَّجَها بلا مهرٍ، وبفتحِها: مَن فَوَّضَها وليُّها إلى الزَّوجِ بلا مهرٍ.

واعلم أنَّ الطَّلاقَ الذي تجبُ فيه المُتعةُ ما يكونُ قبل الدُّخولِ في نكاحٍ لا تسميةَ فيه، سواءٌ فُرِضَ بعده أوْ لا أو كانت التَّسميةُ فيه فاسدةً كما في "البدائع"[4]، قال في "البحر"[5]: ((وإنما تجبُ فيما لم تصحَّ فيه التَّسميةُ من كلِّ وجهٍ، فلو صَحَّتْ من وجهٍ دون وجهٍ لا تجبُ المُتعةُ وإنْ وجَبَ مهرُ المثل بالدُّخولِ، كما إذا تَزَوَّجَها على ألفِ درهمٍ وكرامتِها، أو على ألفٍ وأنْ يُهديَ لها هديَّةً، فإذا طَلَّقَها قبل الدُّخولِ كان لها نصفُ الألفِ لا المتعةُ، مع أنَّه لو دخَلَ بها وجَبَ مهرُ المثل لا يَنقُصُ عن الألف كما في "غاية البيان"؛ لأنَّ المسمَّى لم يَفسُدْ من كلِّ وجهٍ؛ لأنَّه على تقديرِ كرامتِها والإهداءِ يجبُ الألفُ لا مهرُ المثل)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٠.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٦.

(٣) "در" صـ٤٢٩ـ وما بعدها.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢/٣٠٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٥٧ بتصرف.

(طُلِّقَتْ قبل الوَطءِ،..

وقدَّمنا[1] عن "البدائع" في [٣/ق٨٨/أ] تعليلِ ذلك: ((أنّه لا مدخلَ لمهرِ المثلِ في الطّلاق قبلَ الدُّخول)).

[١١٩٤٧] (قولُهُ: طُلِّقَتْ قبلَ الوطءِ) أي: والخلوةِ، "بحر"[2]. وقد مرَّ[3] أنّها وطءٌ حكماً، والمرادُ بالطّلاق: فُرقةٌ جاءَتْ من قِبَلِ الزّوجِ ولم يُشارِكْهُ صاحبُ المهرِ في سببِها طلاقاً كانَتْ أو فسخاً كالطّلاقِ، والفُرقةِ بالإيلاءِ، واللِّعانِ، والجَبِّ، والعُنّةِ، والرِّدَّةِ، وإبائِهِ الإسلامَ، وتقبيلِهِ ابنتَها أو أُمَّها بشهوةٍ، فلو جاءَتْ من قِبَلِها كرِدَّتِها، وإبائِها الإسلامَ، وتقبيلِها ابنَهُ بشهوةٍ، والرَّضاعِ، وخيارِ البلوغ والعتقِ، وعدمِ الكفاءة فإنّه لا مُتعةَ لها لا[4] وجوباً ولا استحباباً كما في "الفتح"[5]، كما لا يجبُ نصفُ المسمَّى لو كان. وخرَجَ ما لو اشتَرى هو أو وكيلُهُ منكوحتَهُ من المَوْلى، فإنَّ مالِكَ المهرِ يُشارِكُ الزّوجَ في السَّببِ وهو المِلكُ؛ فلذا لا تجبُ المُتعةُ ولا نصفُ المسمَّى، بخلاف ما لو باعَها المَوْلى من رَجُلٍ ثمَّ اشتَرَاها الزّوجُ منه فإنّها واجبةٌ كما في "التّبيين"[6]، "بحر"[7].

٢/٣٣٥

(قولُهُ: والفُرْقةِ بالإيلاء، واللِّعان إلخ) فيه: أنَّ اللِّعانَ منهُما؛ فالفُرْقةُ بسببٍ منهُما إلاّ أنّه لَمَّا كانت مُضطرَّةً له لدفعِ العارِ عن نفسها جُعِلَ السَّببُ منه، ولم يُنظَرْ لها؛ لاضطرارِها على ما سيجيءُ في طلاق المريض.

---

(١) المقولة [١١٨٩٩] قوله: ((ويجب نصفه)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٥٧.

(٣) المقولة [١١٩٣٩] قوله: ((إن وطئ الزوج)).

(٤) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢١٣.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/١٤١.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٥٨ بتصرف، معزياً إلى "الفتح" و"التبيين".

وهي دِرْعٌ وخِمارٌ ومِلحَفَةٌ..

[١١٩٤٨] (قولُهُ: وهي دِرْعٌ إلخ) الدِّرْعُ بكسرِ المهملة: ما تَلبَسُهُ المرأةُ فوقَ القميص كما في "المغرب"[١]، ولم يَذكُره في "الذَّخيرة"، وإنما ذكَرَ القميصَ، وهو الظَّاهرُ، "بحر"[٢].

وأقول: دِرْعُ المرأةِ قميصُها، والجمعُ أَدْرُعٌ، وعليه جَرَى "العينيُّ"، وعزاه في "البناية"[٣] لـ"ابن الأثير"[٤]، فكونُهُ في "الذَّخيرة" لم يَذكُره مبنيٌّ على تفسيرِ "المغرب"، والخمارُ: ما تُغطِّي به المرأةُ رأسَها، والمِلْحَفةُ بكسر الميم: ما تَلتَحِفُ به المرأةُ من قَرْنِها إلى قَدَمِها، قال "فخرُ الإسلام": ((هذا في ديارِهم، أمَّا في ديارنا فيُزادُ على هذا إزارٌ ومُكعَّبٌ))، كذا في "الدِّراية". ولا يخفى إغناءُ المِلحَفةِ عن الإزار؛ إذ هي بهذا التَّفسيرِ إزارٌ، إلاَّ أنْ يُتعارَفَ تغايُرُهما كما في مكَّةَ المشرَّفةِ، ولو دفَعَ قيمتَها أُجبِرَتْ على القبول كمَا في "البدائع"[٥]، "نهر"[٦]. وما ذُكِرَ من الأثوابِ الثَّلاثةِ أدنى المُتعة، "شرنبلاليَّة"[٧] عن "الكمال"[٨]. وفي "البدائع"[٩]: ((وأدنى ما تَكتَسِي به المرأةُ وتَستَرُ به عند الخروج ثلاثةُ أثوابٍ)) اهـ.

قلت: ومقتضى هذا مع ما مَرَّ[١٠] عن "فخر الإسلام": ((من أنَّ هذا في ديارِهم إلخ)) أنْ يُعتبَرُ عُرفُ كلِّ بلدةٍ لأهلِها فيما تَكتَسِي به المرأةُ عند الخروج، تأمَّل. ثمَّ رأيتُ بعضَ المحشِّين

---

(١) "المغرب": مادة((درع)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٨/٣.

(٣) "البناية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٦٣/٤.

(٤) "النهاية في غريب الحديث والأثر": ١١٤/٢ مادة((درع)).

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٤/٢.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٨/ب.

(٧) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٢/١.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٢/٣، معزياً إلى "المبسوط".

(٩) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٣٠٤/٢.

(١٠) في المقولة نفسها.

لا تَزيدُ على نصفِهِ) أي: نصفِ مهرِ المثل لو الـزَّوْجُ غنيّاً (ولا تَنقُصُ عـن خمسـةِ دراهمَ) لو فقيراً (وتُعتبَرُ) المُتعةُ (بحالِهما) كالنَّفقةِ، به يُفتى.

(وتُستحَبُّ المُتعةُ لِمَن سواها)..

قال: ((وفي "البِرْجنديِّ": قالوا: [٣/ق٨٨/ب] هذا في ديارِهم، أمَّا في ديارنا فينبغي أنْ يجِـبَ أكـثرُ من ذلك؛ لأنَّ النِّساء في ديارنا تَلبَسُ أكثرَ من ثلاثةِ أثوابٍ، فيُزادُ على ذلك إزارٌ ومُكعَّبٌ)) اهـ.

وفي "القاموس"[(١)]: ((المُكعَّبُ: المَوْشِيُّ من البُرُودِ والأثوابِ)) اهـ، أي: المنقوشُ.

[١١٩٤٩] (قولُهُ: لا تَزيدُ على نصفِهِ إلخ) في "الفتح"[(٢)] عـن "الأصـل" و"المبسـوط"[(٣)]: ((المُتعةُ لا تَزيدُ على نصفِ مهرِ المثلِ؛ لأنَّها خَلَفُهُ، فإنْ كانا سواءً فـالواجبُ المتعـةُ؛ لأنَّهـا الفريضـةُ بالكتـاب العزيز، وإنْ كان النِّصفُ أقلَّ منها فالواجبُ الأقلُّ، إلاَّ أنْ يَنقُصَ عن خمسةٍ فيُكمَّلُ لها الخمسةُ)) اهـ.

وقولُ "الشَّارح" أوَّلاً: ((لو الـزَّوجُ غنيّـاً)) وثانيـاً: ((لـو فقـيراً)) لم يَظهَـرْ لي وجهُـهُ، بـل الظَّاهرُ أنَّه مبنيٌّ على القول باعتبارِ حال الزَّوجِ في المتعة، وهو خلافُ ما بعدَهُ، فليُتأمَّل.

[١١٩٥٠] (قولُهُ: وتُعتبَرُ المُتعةُ بحالِهما) أي: فـإنْ كانـا غنيَّـينِ فلهـا الأعلـى مـن الثِّيـاب، أو فقيرَينِ فالأدنى، أو مختلفَينِ فالوسطُ، وما ذكرَهُ قولُ "الخصَّاف"، وفي "الفتـح"[(٤)]: ((أنَّـه الأشـبهُ بالفقهِ))، و"الكرخيُّ" اعتبرَ حالَها، واختارَهُ "القدوريُّ"[(٥)]، والإمامُ "السَّرخسيُّ"[(٦)] اعتبَرَ حالَـهُ، وصحَّحَهُ في "الهداية"[(٧)]، قال في "البحر"[(٨)]: ((فقد اختلَفَ التَّرجيحُ، والأرجحُ قولُ "الخصَّاف"؛

---

(١) "القاموس": مادة((كعب)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٣/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب المهور ٨٢/٥ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٣/٣.

(٥) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب النكاح ١٥/٣.

(٦) "المبسوط": كتاب الطلاق ـ باب المتعة والمهر ٦٣/٦.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٥/١.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٨/٣ بتصرف يسير.

أي: المفوِّضةِ...

لأنَّ "الولوالجيَّ" صحَّحَهُ، وقال[١]: وعليه الفتوى، كما أَفْتَوا بـه في النَّفقـة، وظـاهرُ كلامهـم أنَّ ملاحظةَ الأمرين ـ أي: أنَّها لا تُزادُ على نصفِ مهر المثل، ولا تُنقَصُ عن خمسـةِ دراهـمَ ـ مُعتبَرةٌ على جميعِ الأقوال كما هو صريحُ "الأصل" و"المبسوط")) اهـ.

وذكَرَ في "الذَّخيرة" اعتبارَ كونِ المُتعة وسطاً لا بغايةِ الجَوْدة ولا بغايةِ الرَّداءة، واعترضَهُ في "الفتح"[٢]: ((بأنَّه لا يُوافِقُ رأياً من الثَّلاثة))، وأجاب في "البحر"[٣]: ((بأنَّه موافقٌ للكلِّ، فعلى القولِ باعتبارِ حالِها لو فقيرةً لها كِرْباسٌ وسطٌ، ولو مُتوسِّطةً فقَزٌّ وسطٌ، ولو مُرتفعةً فإبْريسَمٌ وسطٌ، وكذا يقال على القولِ باعتبار حالِهِ، وكذا على قولِ مَن اعتبَرَ حالَهما، لو فقيرَينِ فلها كِرْباسٌ وسطٌ، أو غنيَّينِ فإبْريسَم وسطٌ، أو مختلفينِ فقَزٌّ وسطٌ)) اهـ.

وفي "النَّهر"[٤]: ((أنَّ حَمْلَ ما في "الذَّخيرة" على هذا ممكنٌ، واعتراضُ "الفتح" عليه واردٌ من حيث الإطلاقُ، فإنَّه يفيدُ أنَّه يجبُ من القَزِّ أبداً)).

[١١٩٥١] (قولُهُ: أي: المُفوِّضةِ) تفسيرٌ للضَّميرِ المجرور في ((سواها))، وإنَّما أخرَجَها؛ لأنَّ مُتعتَها واجبةٌ كما علمتَ. [٣/ق٨٩/أ]

(قولُهُ: وفي "النَّهر" أنَّ حمْلَ ما في "الذَّخيرة" إلخ) عبارتُه: ((وعندي أنَّه ليس سهْواً ـ أي: ما قالَهُ في "الفتح" كما زعمه في "البحر" ـ بل هو السَّاهي؛ إذ ظاهرُ إطلاق "الذَّخيرة" يفيدُ أن تجبَ من القَزِّ أبداً؛ لأنَّه الوسطُ المطلَقُ، وهو لا يوافقُ رأياً من الثَّلاثة، ولا نسلِّمُ أنَّ إيجابَ الوسَط من القَزِّ أو الكِرْباس إيجابُ وسطٍ مطلَقٍ، بل إيجابُ وسطٍ من الأعلى أو الأدنى، فظاهرٌ أنَّ المطلقَ خلافُ المُقيَّد، نعم صرْفُ الكلام عن ظاهره بحمل ما في "الذَّخيرة" على ما ادَّعاه في "البحر" ممكنٌ، واعتراضُهُ في "الفتح" ليس إلاَّ على الإطلاق.

---

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح ٤٩/ب.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٣/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٨/٣-١٥٩ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٨/ب بتصرف.

(إلاَّ مَن سُمِّيَ لها مهرٌ وطُلِّقَتْ قبل وَطْءٍ) فلا تُستحَبُّ لها،..........

[١١٩٥٢] (قولُهُ: إلاَّ مَن سُمِّيَ لها مهرٌ إلخ) هذا على ما في بعض نسخِ "القدوريِّ"(١)(٢)،

(قولُهُ: هذا على ما في بعض نُسَخِ "القُدُوريِّ" إلخ) وذلك أنَّ المذكورَ في "مختصر القُدُوريِّ" على ما نقله في "شرح النُّقاية" لـ"مُنلا عليٍّ القاري": ((المتعةُ مستحبةٌ لكلِّ مطلَّقةٍ إلاَّ لمطلَّقةٍ واحدةٍ وهي الَّتي طلَّقها قبل الدُّخول وقد سمَّى لها مهراً))، وفي بعض النُّسخ: ((و لم يُسمِّ لها مهراً))، قال في "الشَّارح" ـ أي: في الشرح المذكور ـ: ومَن حَكَم باستحبابها، كصاحب "المبسوط" و"المحيط" و"المختلف"، أرادوا به أنَّه إحسانٌ إلى مَن عجَزَتْ عن التَّكسُّب، وذا أمرٌ مندوبٌ)) اهـ. وفي "القُهستانيِّ": ((ذكر "الكِرْمانيُّ" وغيرُه: أنَّها لا تُستحبُّ في هذه الصُّورة)) اهـ. فما مشى عليه "المُصنِّفُ" موافقٌ لِما ذكره "الكِرْمانيُّ" وغيرُه، وعلى ما ذكره "مُنلا علي" يَتمُّ التَّوفيقُ بين روايتَي الاستحبابِ وعدَمِه بأنْ يقالَ: مَن نفى الاستحبابَ أراد أنَّ الشَّارعَ لم يَستحبَّهُ بخُصُوصه، ومن أثبتَهُ أراد أنَّه داخلٌ في الإحسان للعاجز عن الكسب المندوبِ إليه شرْعاً.

---

(١) **نقول**: الذي في نسخة القدوري التي بين أيدينا: ((ولم يسمِّ لها مهراً))، قال الشيخ عبد الغني الغنيمي في "اللباب شرح الكتاب": ((وفي بعض النسخ: وقد سمَّى لها مهراً، قال في "التصحيح": هكذا وجد في كثير من النسخ ويتكلَّف في الجواب عنه، وقال "نجم الأئمة": المكتوب في النسخ: ولم يسمِّ لها مهراً. قال في "الدِّراية": ضبطه كذلك غير واحد، وقد صححه ركن الأئمة "الصباغي" في شرحه لهذا الكتاب، وكتب فوقه وتحته وقدَّامه: ((صح)) ثلاث مرات، وأشار إلى أنَّ هذا من النساخ. وقال في "الينابيع" المذكور في الكتاب [أي نسخة: ((وقد سمَّى لها مهراً))] غلطٌ من النَّاسخ. وقد زعم صحَّة هذه النسخة شيخُ الإسلام ركن الأئمة "الدامغاني" ونجم الأئمة "الحفصي"، فكتب إليهما "أبو الرجاء": ((إنَّ هذه خلاف المذكورة في التفسير والأصول والشروح؛ فإنَّه ذكر في "الكشاف" وتفسير "الحاكم" وغيرهما أنَّ المتعة مستحبة للتي طلَّقها قبل الدخول وقد سمَّى لها مهراً، وذكر في "الأصل" و"الإسبيجابي" في موضعين و"زاد الفقهاء" وغيرها أنَّها يستحب لها المتعة، فلا يصحُّ استثناؤها من الاستحباب بخلاف المفوضة؛ فإنَّها مستثناة من الاستحباب بالوجوب)). فاستصوبا ذلك، واتفقوا على أنَّ المستثناة هي التي طلَّقها قبل الدخول، ولم يسمِّ لها مهراً اهـ. (انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب النكاح ٣/١٧-١٨).

نقول: وهذا موافق لما ذكره العلامة ابن عابدين رحمه الله فإنَّه قد رجَّح أنَّ المفوضة التي طلقت قبل الوطء ـ ولم يسمِّ لها مهراً ـ لها المتعة بطريق الوجوب وما عداها بطريق الاستحباب والله تعالى أعلم.

(٢) في "د" زيادة: ((حكماً للطلاق، ولو كانت مستحبة كانت لمعنىً آخر كما في قوله: ((لا يكبر في طريق المصلَّى في عيد الفطر عند "أبي حنيفة" أي: حكماً للعيد، ولو كبَّر جاز واستحب)). فليس المرادُ بنفي الاستحباب عدمَ الثواب؛ بل هذا ليس حكماً من أحكام الطلاق)). ق١٦١/ب.

بل للموطوءةِ سُمِّي لها مهرٌ أوْ لا، ....

ومشى عليه صاحب "الدُّرر"[١]، لكنْ مشى في "الكنز"[٢] و"الملتقى"[٣] على أنَّها تُستحَبُّ لها، ومثلُهُ في "المبسوط"[٤] و"المحيط"، وهو روايةُ "التَّأويلات" وصاحبِ "التَّيسير" و"الكشَّاف"[٥] و"المختلف"[٦] كما في "البحر"[٧].

قلت: وصرَّحَ به أيضاً في "البدائع"[٨]، وعزاه في "المعراج" إلى "زادِ الفقهاء" و"جامع الإسبيجابيِّ"، وعن هذا قال في "شرح الملتقى": ((إنَّه المشهورُ[٩]))، وقال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((إنَّ ما في بعض نسخ "القدوريِّ" لا يُصادِمُ ما في "المبسوط" و"المحيط")).

قلت: فكيف مع ما ذُكِرَ في هذه الكتبِ، وعليه فكان ينبغي لـ"المصنِّف" إسقاطُ هذا الاستثناء، وفي "البحر"[١٠]: ((وقدَّمنا أنَّ الفُرقة إذا كانَتْ من قِبَلِها قبلَ الدُّخول لا تُستحَبُّ لها المُتعةُ أيضاً؛ لأنَّها الجانيةُ)).

[١١٩٥٣] (قولُهُ: بل للموطوءةِ إلخ) أي: بل تُستحَبُّ لها، قال في "البدائع"[١١]: ((وكلُّ فُرقةٍ

---

(١) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٣/١.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٣/١.

(٣) **نقول:** الذي في نسخة "الملتقى" التي بين أيدينا: ((وغير مستحبة لمطلقة قبله ـ أي: الدخول ـ سُمِّي لها مهر)) وهذا مخالف لما نقله ابن عابدين عن "الملتقى" وموافق لما في "الدر". انظر "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر وأحكامه ٣٥١/١.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب المتعة والمهر ٦٢/٦.

(٥) الكشاف: سورة البقرة ٢٨٥/١.

(٦) "المختلف" لأبي القاسم، أحمد بن عِصْمة الصَّفّار البَلْخيّ، الملقّب زلحمْ (ت٣٢٦هـ). ("الجواهر المضية" ٢٠٠/١، "الطبقات السنية" ٣٩٣/١، "الفوائد البهية" صـ٢٦ـ).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٧/٣ بتصرف، وعزا النقل فيه أيضاً إلى "المختصر".

(٨) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به كل المهر ٣٠٣/٢.

(٩) الذي في "الدر المنتقى شرح الملتقى": ((وغير مستحبة لمطلقة قبله ـ أي: الدُّخول ـ سُمِّي لها مهر ـ هو المشهور)). وهذا مخالفٌ لما نصَّ عليه ابن عابدين من أنَّ المشهور هو الاستحباب في المطلقة قبل الدخول وقد سُمِّي لها مهر.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٧/٣.

(١١) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به كلُّ المهر ٣٠٣/٢.

فالمطلَّقاتُ أربعٌ.

(وما فُرِضَ) بتراضيهما أو بفَرْضِ قاضٍ مهرَ المثلِ (بعدَ العقدِ) الخالي عن المهرِ (أو زِيْدَ) على ما سَمَّى، فإنَّها تلزمُهُ بشرطِ قبولِها في المجلسِ أو قبولِ وليِّ الصَّغيرةِ،

جاءَتْ من قِبَلِ الزَّوجِ بعد الدُّخول تُستحَبُّ فيها المُتعةُ، إلاَّ أنْ يَرتَدَّ أو يأبى الإسلامَ؛ لأنَّ الاستحباب طلبُ الفضيلةِ، والكافرُ ليس من أهلها)).

[١١٩٥٤] (قولُهُ: فالمُطلَّقاتُ أربعٌ) أي: مُطلَّقةٌ قبلَ الوطء أو بعده، سَمَّى لها أوْ لا؛ فالمُطلَّقةُ قبلَهُ إن لم يُسَمِّ لها فمُتعتُها واجبةٌ، وإنْ سَمَّى فغيرُ واجبةٍ ولا مُستحبَّةٍ أيضاً على ما هنا، والمُطلَّقةُ بعده متعتُها مستحبَّةٌ سَمَّى لها أوْ لا.

[١١٩٥٥] (قولُهُ: أو بفَرْضِ قاضٍ مهرَ المثلِ) بنصبِ ((مهرَ)) مفعولَ ((فَرْضِ))، قال في "البدائع"[1]: ((لو تَزَوَّجَها على أنْ لا مهرَ لها وجَبَ مهرُ المثل بنفس العَقْدِ عندنا؛ بدليلِ أنَّها لو طلَبَتِ الفرضَ من الزَّوجِ يجبُ عليه الفرضُ، حتَّى لو امتنَعَ يُجبِرُهُ القاضي عليه، ولو لم يفعل نابَ مَنابَهُ في الفرض، وهذا دليلُ الوجوبِ قبلَ الفرض)).

٣٣٦/٢

[١١٩٥٦] (قولُهُ: فإنَّها تَلزَمُهُ) أي: الزِّيادةُ إنْ وَطِئَ أو مات عنها، وهذا التَّفريعُ مُستفادٌ من مفهومِ قوله: ((لا يُنصَّفُ)) أي: بالطَّلاقِ قبل الدُّخولِ، فيُفيدُ لزومَهُ وتأكُّدَهُ بالدُّخول، ومثلُهُ الموت.

[١١٩٥٧] (قولُهُ: بشرطِ قَبُولِها إلخ) أفادَ أنَّها صحيحةٌ ولو بلا شهودٍ أو بعدَ هبةِ المهر والإبراءِ منه وهي من جنسِ المهر أو من غيرِ جنسه، "بحر"[2]. وسواءٌ كانَتْ من زوجٍ[3] أو وليٍّ، فقد صرَّحُوا بأنَّ الأبَ والجَدَّ لو زَوَّجَ ابنَهُ ثُمَّ زادَ في المهر صَحَّ، "نهر"[4]. وفي "أنفع الوسائل":

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ بيان شرائط جواز النكاح ونفاذه ـ فصل: ومنها المهر ٢٧٤/٢ بتصرف يسير.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٠/٣ بتصرف، معزياً إلى "القنية" و"أنفع الوسائل".

(٣) في "ب" و"م": ((الزوج)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/أ.

ومعرفةِ قَدْرِها، وبقاءِ الزَّوجيَّةِ(١) على الظَّاهرِ، "نهر"(٢).........................

((ولا يُشترَطُ فيها لفظُ الزِّيادة، بل تصحُّ بلفظِها وبقولِـهِ: راجعتُـكِ [٣/ق٨٩/ب] بكـذا إنْ قَبِلَـتْ وإنْ لم يكن بلفظِ: زِدْتُـكِ في مهرِكِ، وكـذا بتجديدِ النِّكـاحِ وإنْ لم يكـن بلفـظِ الزِّيـادة علـى خلافٍ فيه، وكذا لو أقرَّ لزوجتِهِ بمهرٍ وكانت قد وهَبَتْهُ له فإنَّه يصحُّ إنْ قَبِلَتْ في مجلـسِ الإقـرار وإنْ لم يكن بلفظِ الزِّيادة)).

[١١٩٥٨] (قولُهُ: ومعرفةِ قَدْرِها) أي: الزِّيادةِ، فلو قال: زِدْتُكِ في مهرِكِ ولم يُعيِّـن لم تصـحَّ الزِّيادةُ للجهالة كما في "الواقعات"، "بحر"(٣).

[١١٩٥٩] (قولُهُ: وبقاءِ الزَّوجيَّةِ إلخ) الذي في "البحر"(٤): ((أنَّ الزِّيادة بعد موتِها صحيحـةٌ إذا قَبِلَت الوَرَثةُ عند "أبي حنيفة" خلافاً لهما كما في "التَّبيين"(٥) من البيوع)) اهـ.

وعزاه في "أنفع الوسائل" إلى "القدوريِّ"، ثمَّ قال: ((ولم يَذكُرِ الزِّيادةَ بعد الطَّـلاقِ البـائنِ وانقضاءِ العِدَّةِ في الرَّجعيِّ، والظَّاهرُ أنَّه يجوزُ عنده بالأَولى؛ لأنَّه بالموتِ انقطَعَ النِّكاحُ وفاتَ محلُّ التَّمليك، وبعد الطَّلاقِ المحلُّ باقٍ، وقد ثبَتَ لها ذلك عنده في الموتِ ففـي الطَّـلاقِ أَولى، ومـا ذكَرَهُ في "البحر المحيط"(٦) من روايةِ "بِشْرٍ" عن "أبي يوسف": من أنَّ الزِّيـادةَ بعـد الفُرقـةِ باطلـةٌ يُحمَلُ على أنَّه قولُ "أبي يوسف" وحدَهُ؛ لأنَّه خالَفَ "أبا حنيفة" في الزِّيادةِ بعد الموتِ، فيكـونُ قد مَشَى على أصلِهِ، ولم يُنقَلْ عن "الإمام" في الزِّيادة بعد البينونة شيءٌ، فيُحمَلُ الجوابُ فيه على ما نُقِلَ عنه في الزِّيادة بعدَ الموت)) اهـ، وتَبِعَهُ في "البحر"(٧).

---

(١) في "د" زيادة: ((فإذا طلَّق امرأته قبل الدخول بها؛ أو بعده ثلاثاً؛ ثـم زادها في المهر؛ لم تصحَّ الزيادة عنـد "أبي يوسف"، ومقتضى ما ذهب إليه "أبو حنيفة" رحمه الله أن تصحّ. ملخصاً بحر)). ق١٦١/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٠/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٠/٣.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب البيوع ـ فصل: صحَّ بيع العقار قبل قبضه ٨٤/٤.

(٦) "البحر المحيط": المسمى "منية الفقهاء": لبديع بن أبي منصور، فخر الدين العراقي (ت٦٦٨هـ)، ("كشف الظنـون" ٢٢٦/١، ١٨٨٦/٢)، و"الفوائد البهية" صـ٥٤ـ وفيها: بديع بن منصور القُرَّيْني).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٠/٣ بتصرف.

وفي "الكافي": ((جدَّدَ النِّكاحَ بزيـادةِ ألـفٍ لَزِمَـهُ الألفـان[1] علـى الظَّـاهرِ))، وفي "الخانيَّةِ"[2]: ((ولو وهَبَتْهُ مهرَها، ثمَّ أقرَّ بكذا من المهرِ وقَبلَتْ صحَّ،.........

قال في "النَّهر"[3]: ((والظَّاهرُ عـدمُ الجـواز بعـدَ المـوت[4] والبينونـة، وإليـه يُرشِـدُ تقييـدُ "المحيط" بحالِ قيام النِّكاح؛ إذ نقلوا أنَّ ظاهر الرِّواية أنَّ الزِّيادة بعد هلاك المبيـع لا تصـحُّ، وفي روايةِ "النَّوادر" تصحُّ، ومِن ثَمَّ جزَمَ في "المعراج" وغيره بأنَّ شـرطَها بقـاءُ الزَّوجيَّـة، حتَّـى لـو زادَها بعد موتها لم تصحَّ، والالتحاقُ بأصلِ العَقْدِ وإنْ كان يقعُ مُستنِداً إلاَّ أنَّه لا بدَّ أنْ يَثْبُـتَ أوَّلاً في الحال ثمَّ يَستنِدَ، وثبوتُهُ مُتعذِّرٌ لانتفاءِ المحـلِّ، فتعـذَّرَ استنادُهُ، ومـا ذكـرَهُ "القـدوريُّ" موافقٌ لروايةِ "النَّوادر")) اهـ.

قال "ط"[5]: ((والذي يَظهَرُ أنَّ ما في "المحيط" و"المعراج" مُخرَّجٌ على قولِهما، فلا يُنافي ما في "التَّبيين"، وكونُ ظاهر الرِّواية عدمَ صحَّةِ الزِّيادةِ بعد هلاكِ المبيع لا يقتضـي أنْ يكـونَ ظـاهرَ الرِّواية هنا؛ لفَرْق بين الفَصْلين قـامَ عنـد المُجتهـدِ، فإنَّـه في النِّكـاح أمَـرَ الله تعالى بعـدمِ نسيان الفَضْلِ بين الزَّوجين، وهذه الزِّيـادةُ [٣/ق٩٠/أ] مـن مراعـاةِ الفَضْـل، يُؤيِّـدُهُ مشـروعيَّةُ المُتعـةِ فيـه بخلاف البيع)) اهـ.

[١١٩٦٠] (قولُهُ: وفي "الكافي" إلخ) حاصلُ عبارة "الكافي": ((تَزوَّجَها في السِّرِّ بـألفٍ،

(قولُ "الشَّارح": جدَّد النِّكاحَ ـ بزيـادة أَلْـف لزِمَـه الأَلْفـان علـى الظَّـاهر) وقـال "الحمَـويُّ" في "حاشية الأشباه" ـ من كتاب البُيوع نقلاً عن "المُنْية" ـ : ((تزوَّج على مهْرٍ معلومٍ ثمَّ تزوَّج علـى ألـفٍ آخرَ ثَبَتت التَّسميَتان في الأصحِّ)) اهـ.

---

(١) في "ط": ((ألفان)).

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٠/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/أ.

(٤) في "آ": ((بالموت)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٢/٢.

....

ثمَّ في العَلانيةِ بألفين ظاهرُ المنصوصِ في "الأصل" أنَّه يَلزَمُهُ عنده الألفان، ويكونُ زيادةً في المهر، وعند "أبي يوسف" المهرُ هو الأوَّلُ؛ لأنَّ العَقْدَ الثَّانيَ لغوٌ فيَلغُو ما فيه، وعند "الإمام" أنَّ الثَّانيَ وإنْ لغا لا يَلغُو ما فيه من الزِّيادة، كمن قال لعبدِهِ الأكبرِ سِنّاً منه: هذا ابني، لَمَّا لغا عندهما لم يَعتِقِ العبدُ، وعنده وإنْ لغا في حكم النَّسَب يُعتبَرُ في حقِّ العتق)) كذا في "المبسوط"[1] اهـ[2].

وذَكَرَ في "الفتح"[3]: ((أنَّ هذا إذا لم يُشهِدا على أنَّ الثَّانيَ هزلٌ، وإلاَّ فلا خلافَ في اعتبارِ الأوَّلِ، فلو ادَّعَى الهزلَ لم يُقبَلْ بلا بيِّنةٍ))، ثمَّ ذَكَرَ: ((أنَّ بعضَهم اعتبَرَ ما في العَقْدِ الثَّاني فقط بناءً على أنَّ المقصود تغييرُ الأوَّلِ إلى الثَّاني، وبعضَهم أوجَبَ كِلا المهرين؛ لأنَّ الأوَّلَ ثبتَ ثبوتاً لا مَرَدَّ له والثَّانيَ زيادةٌ عليه، فيَجبُ بكمالِهِ))، ثمَّ ذَكَرَ[4]: ((أنَّ "قاضي خان"[5] أفتى بأنَّه لا يجبُ بالعَقْدِ الثَّاني شيءٌ ما لم يَقصِدْ به الزِّيادةَ في المهرِ))، ثمَّ وفَّقَ بينه وبين إطلاقِ الجمهور اللُّزومَ بحَمْلِ كلامِهِ على أنَّه لا يَلزَمُ عند الله تعالى في نفسِ الأمرِ إلاَّ بقَصْدِ الزِّيادة وإنْ لَزِمَ في حكم الحاكم؛ لأنَّه يُؤاخِذُهُ بظاهرِ لفظِهِ، إلاَّ أنْ يُشهِدَ على الهزلِ، وأطال الكلامَ فراجعه.

أقول: بقي ما إذا جدَّدَ بمثلِ المهر الأوَّلِ، ومقتضى ما مَرَّ[6] من القولِ باعتبارِ تغييرِ الأوَّلِ إلى الثَّاني أنْ لا يجبَ بالثَّاني شيءٌ هنا؛ إذ لا زيادةَ فيه، وعلى القول الثَّاني يجبُ المهران.

(تنبيهٌ)

في "القنية"[7]: ((جدَّدَ للحلالِ نكاحاً بمهرٍ يَلزَمُ إنْ جَدَّدَهُ لأجلِ الزِّيادة لا احتياطاً)) اهـ، أي: لو جَدَّدَهُ لأجلِ الاحتياط لا تَلزَمُهُ الزِّيادةُ بلا نزاعٍ كما في "البزَّازيَّة"[8]، وينبغي

---

(١) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب المهور ٥/٨٧ بتصرف.

(٢) أي: انتهى نقل ابن عابدين عن "المبسوط"، فليتنبه.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح – باب المهر ٣/٢١٥.

(٤) أي: في "الفتح": العزو السابق.

(٥) "الخانية": كتاب النكاح – باب في ذكر مسائل المهر ١/٣٧٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في المقولة نفسها.

(٧) "القنية": كتاب النكاح، باب الزيادة في المهر ق٣٥/أ.

(٨) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ٤/١٣٣. (هامش "الفتاوى الهندية").

ويُحمَلُ على الزِّيادةِ))، وفي "البزَّازيَّة"[١]: ((الأشبهُ أنَّه لا يصحُّ بلا قصدِ الزِّيادة)) (لا يُنصَّفُ[٢]) لاختصاصِ التَّنصيفِ بالمفروضِ في العقدِ بالنصِّ،..................

أنْ يُحمَلَ على ما إذا صدَّقَتْهُ الزَّوجةُ أو أشهَدَ، وإلاَّ فلا يُصدَّقُ في إرادتِهِ الاحتياطَ كما مَرَّ[٣] عن الجمهور، أو يُحمَلَ على ما عند الله تعالى، وسيأتي[٤] تمامُ الكلام على مسألةِ مهر السِّرِّ والعلانيةِ في آخر هذا الباب.

[١١٩٦١] (قولُهُ: ويُحمَلُ على الزِّيادةِ) لوجوبِ تصحيحِ التَّصرُّفِ ما أمكَنَ، واشتَرَطَ القبولَ؛ لأنَّ الزِّيادةَ في المهر لا تصحُّ إلاَّ به، "فتح"[٥] عن "التَّجنيس".

[١١٩٦٢] (قولُهُ: وفي "البزَّازيَّة") استدراكٌ على ما في "الخانيَّة"، وأقرَّهُ في "النَّهر"[٦]، لكن [٣/ق٩٠/ب] ارتَضَى في "الفتح"[٧] ما في "الخانيَّة"، وهو الأوجهُ؛ لأنَّه حيث ثبَتَ جوازُ الزِّيادة في المهرِ يُحمَلُ كلامُهُ عليها بقرينةِ الهبةِ الدالَّةِ على إرادةِ الزِّيادةِ على ما كان عليه لقَصْدِ التَّعويضِ عنه، فلا يُصدَّقُ في أنَّه لم يُرِدِ الزِّيادةَ، تأمَّل. ٣٣٧/٢

[١١٩٦٣] (قولُهُ: لا يُنصَّفُ) أي: بالطَّلاقِ قبل الدُّخول، "بحر"[٨]. وهذا خبرُ قوله: ((وما فُرِضَ إلخ)).

[١١٩٦٤] (قولُهُ: بالمفروضِ) مُتعلِّقٌ بـ((اختصاص))، وقولُهُ: ((في العَقْدِ)) متعلِّقٌ بـ((المفروضِ))، وقولُهُ: ((بالنَّصِّ)) أي: قولِهِ تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة-٢٣٧] متعلِّقٌ

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "و": ((يتنصف)).

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) المقولة [١٢٣٢٦] قوله: ((المهر مهر السر إلخ)).

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٦/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٦/٣.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٩/٣.

بل تجبُ المتعةُ في الأوَّلِ ونصفُ الأصلِ في الثاني.

(وصَحَّ حَطُّها)..

بـ((اختصاصٍ))، أي: وما فُرِضَ بعدَ العَقْدِ أو زِيدَ بعده ليس مفروضاً في العَقْد.

[١١٩٦٥] (قولُهُ: بل تجبُ المُتعةُ في الأوَّلِ) أي: فيما لو فُرِضَ بعدَ العَقْـدِ؛ لأنَّ هـذا الفـرضَ تعيينٌ للواجب بالعَقْدِ وهو مهرُ المثل، وذلك لا يَتنصَّفُ، فكذا ما نُـزِّلَ منزلتَـهُ، "نهـر"(١). وعنـد "أبي يوسف" لها نصفُ ما فُرِضَ، والأوَّلُ أصحُّ كما في "شرح الملتقى"(٢).

[١١٩٦٦] (قولُهُ: ونصفُ الأصلِ في الثّاني) أي: فيما لو زادَ بعد العَقْد.

مطلبٌ في حَطِّ المهرِ والإبراءِ منه

[١١٩٦٧] (قولُهُ: وصَحَّ حَطُّها) الحَطُّ: الإسـقاطُ كمـا في "المغـرب"(٣)، وقيَّـدَ بحَطِّهـا؛ لأنَّ حَطَّ أبيها غيرُ صحيحٍ لو صغيرةً، ولو كبيرةً توقَّفَ على إجازتِها، ولا بدَّ من رضاها، ففـي هبـةِ "الخلاصة"(٤): ((خَوَّفَها بضَرْبٍ حتّـى وَهَبَـتْ مهرَهـا لم يصـحَّ لـو قـادراً علـى الضَّـرب)) اهـ. ولـو اختلفا فالقولُ لِمُدَّعي الإكراهِ، ولو بَرْهَنا فبيِّنةُ الطَّوْعِ أَولى، "قنية"(٥)، وأنْ لا تكونَ مريضةً

(قولُهُ: ولو بَرْهنا فبيِّنةُ الطَّوْعِ أَوْلى إلخ) هذا خلافُ ما عليه الأكثرُ، كما سيذكُرُه في الشَّهادات عن "ابـن الشِّحْنة"، ونَقَل عن "الباقانيِّ" و"الخانيَّة" و"ترجيحِ البيِّنات": ((تعارضَتْ بيِّنةُ الطَّوْعِ والإكـراهِ في البيـع والصُّلْـحِ والإقرارِ فبيِّنةُ الإكراه أَوْلى)) اهـ. والظَّاهرُ أنَّ ما ذكره في "القُنْية" من أنَّ القَوْلَ لِمُدَّعي الإكراه مبنيٌّ على القَـوْل بأنَّ بيِّنةَ الطَّوْع أَوْلى، وذَكرَ "الشَّارح" فيما يأتي: ((أنَّ بيِّنةَ الإكراه أَوْلى إنْ أرَّخا واتَّحد تاريخُهُما، فإنْ اختلفا أو لم يُؤرِّخا فبيِّنةُ الطَّوْع أَوْلى)) اهـ. عزاه لـ"المُلْتقَط" وغيره، واعتمده "المُصنِّفُ" وابنُه و"عَزْمي زاده".

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/أ.

(٢) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٩/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٣) "المغرب": مادة((حطط)).

(٤) "خلاصة الفتاوى": الفصل الأول في جواز الهبة ق٣٢٠/ب.

(٥) "القنية": كتاب الشهادات ق١٣٩/ب بتصرف.

لكلِّهِ أو بعضِهِ (عنه) قَبِلَ أوْ لا، ويرتدُّ بالرَّدِّ كما في "البحر".

(والخلوةُ) مبتدأٌ خبرُهُ قولُهُ الآتي: ((كالوطءِ)) (بلا مانعٍ حسِّيٍّ)............

مرضَ الموت، ولو اختلَفَ مع ورثتِها فالقولُ للزَّوج أنَّه كان في الصِّحَّةِ؛ لأنَّه يُنكِرُ المهرَ، "خلاصة"[1]. ولو وَهَبَتْهُ في مرضِها فماتَ قبلَها فلا دعوى لها بل لورثتِها بعدَ موتِها، وتمامُ الفروع في "البحر"[2].

[١١٩٦٨] (قولُهُ: لكُلِّهِ أو بعضِهِ) قَيَّدَهُ في "البدائع"[3] بما إذا كان المهرُ دَيْناً، أي: دراهمَ أو دنانيرَ؛ لأنَّ الحَطَّ في الأعيانِ لا يصحُّ، "بحر"[4]. ومعنى عدمِ صحَّتِهِ: أنَّ لها أنْ تأخذَهُ منه ما دام قائماً، فلو هلَكَ في يدِهِ سقَطَ المهرُ عنه، لِما في "البزَّازيَّة"[5]: ((أبرأْتُكَ عن هذا العبدِ يبقى العبدُ وديعةً عنده)) اهـ "نهر"[6].

[١١٩٦٩] (قولُهُ: ويَرتَدُّ بالرَّدِّ) أي: كهبةِ الدَّين ممَّن عليه الدَّينُ، ذكرَهُ في "أنفع الوسائل" بحثاً، وقال: ((لم أره))، واستدَلَّ له في "البحر"[7] بما في مُداينات "القنية"[8]: ((قالت لزوجِها:

(قولُهُ: ولو اختلَفَ مع وَرَثَتِها فالقولُ للزَّوج إلخ) في مسائل شتَّى آخرَ الكتاب أنَّ هذا خلافُ المُختار، وعلَّلوا لهذه الرِّواية؛ بأنَّ الزَّوج والورثَةَ اتَّفقوا على سُقوط المهْرِ عن الزَّوج؛ لأنَّ الهبةَ في مرض الموت تُفيدُ المِلكَ وإنْ كانتْ للوارث؛ ألا ترى أنَّ المريضَ إذا وَهَبَ لوارثه عبداً ـ مثلاً ـ فأعتقَهُ الوارثُ أو باعه نفَذَ تصرُّفُه، ولكنْ يجبُ عليه الضَّمانُ إنْ ماتَ المورِّثُ في ذلك المرض ردّاً للوصيَّة بقدْرِ الإمكان، فإذا سقط عنه المهْرُ بالاتِّفاق فالوارثُ يدَّعي العَوْدَ عليه والزَّوجُ يُنكرُ، والقوْلُ قولُ المُنكِر.

---

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ق٨١/ب.

(٢) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦١/٣.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به كل المهر ٢٩٥/٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦١/٣.

(٥) "البزازية": كتاب الدعوى ـ الفصل الرابع عشر في دعوى الإبراء والصلح ٣٨١/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/ب بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦١/٣.

(٨) في مخطوطة "القنية" طمس وحذف في هذا الموضع و لم تظهر لنا المسألة.

كمرضٍ لأحدِهما يَمنَعُ الوطءَ (وطَبْعيٌّ) كوجودِ ثالثٍ عاقلٍ، ذكرَهُ "ابن الكمال"، وجعَلَهُ في "الأسرار" من الحسِّيِّ، ....

أبرأْتُكَ ولم يقل: قَبِلْتُ، أو كان غائباً فقالت: أبرأتُ زوجي يَبْرَأُ إلاَّ إذا رَدَّهُ)) اهـ.

قال في "النَّهر"[1]: ((ولا يخفى أنَّ المدَّعَى إنما هو رَدُّ الحـطِّ))، وكأنَّـه نظَـرَ إلى أنَّ الحَـطَّ إبراءٌ معنًى.

مطلب في أحكام الخلوة

[١١٩٧٠] (قولُهُ: كمَرَضٍ لأحدِهما يَمنَعُ الوطءَ) أي: أو يَلحَقُهُ به ضررٌ، قال "الزَّيلعيُّ"[2]: ((وقيل: هذا التَّفصيلُ في مرضِها، وأمَّا مرضُهُ [٣/ق٩١/أ] فمانعٌ مطلقـاً؛ لأنَّـه لا يَعـرَى عـن تَكَسُّـرٍ وفُتُورٍ عادةً، وهو الصَّحيح)) اهـ. ومثلُهُ في "الفتح"[3] و"البحر"[4] و"النَّهر"[5].

قلت: إنْ كان التَّكسُّرُ والفُتُورُ منه مانعاً من الوطءِ أو مُضِرّاً له كان مثلَ المرأةِ في اشـتراطِ المنع أو الضَّرر، وإلاَّ فهو كالصَّحيح، فما وجهُ كـونِ مرضِـهِ مانعـاً مـن صحَّـةِ الخلـوة؟! إلاَّ أنْ يقال: المرادُ أنَّ مرضَهُ في العادة يكونُ مانعاً من وطئِهِ، فـلا فـائدةَ في ذكـر التَّفصيـلِ فيـه بخـلافِ مرضِها، فتأمَّل.

[١١٩٧١] (قولُهُ: وجعَلَهُ في "الأسرار" من الحسِّيِّ) قلت: وجعَلَهُ في "البحر"[6] مانعـاً لتحقُّقِ

(قولُهُ: وإلاَّ فهو كالصَّحيح، فمَا وجْهُ كونِ مرَضِهِ مانعاً إلخ) فيه: أنَّه حيثُ صحَّح "الزَّيلعيُّ" وغيرُه أنَّ مرضَهُ مانعٌ بدون تفصيلٍ فعلينا اتِّباعُه؛ لأنَّه لا يَعْرى عن تكسُّرٍ وفُتُورٍ، وإنْ لم يمنَعْ من الـوطْءِ ولم يَلْحـق بـه ضررٌ فعلينا اتِّباعُ ما صحَّحوه، والتَّفصيلُ إنَّما هو في مرضها.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/ب.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٤٢/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٨/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٣/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/ب.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٢/٣ وما بعدها.

وعليه فليس للطَّبْعيِّ مثالٌ مستقلٌ (وشَرعيٌّ) كإحرامٍ لفرضٍ أو نفلٍ............

الخلوةِ، حيث ذكَرَ: ((أنَّ لإقامةِ الخلوة مُقامَ الوطءِ شروطاً أربعةً: الخلوةَ الحقيقيَّـةَ، وعـدمَ المـانع الحسِّيِّ، أو الطَّبْعيِّ، أو الشَّرعيِّ، فالأوَّلُ للاحترازِ عمَّا إذا كان هناك ثالثٌ فليست بخلـوةٍ، وعـن مكانٍ لا يَصلُحُ للخلوةِ كالمسجدِ والطَّريقِ العامِّ والحمَّام إلخ))، ثـمَّ ذكَـرَ عـن "الأسـرار": ((أنَّ هذين من المانعِ الحسِّيِّ))، وعليه فالمانعُ الحسِّيُّ ما يَمنَعُها من أصلِهـا، أو مـا يَمنَـعُ صحَّتَهـا بعـدَ تحقُّقِها كالمرضِ، فافهم.

[١١٩٧٢] (قولُهُ: فليس للطَّبْعيِّ مثالٌ مُستقلٌ) فإنَّهم مَثَّلوا للطَّبْعـيِّ بوجـودِ ثـالثٍ وبـالحيضِ أو النِّفاسِ، مع أنَّ الأوَّلَ منهيٌّ شرعاً ويَنفِرُ الطَّبعُ عنه، فهو مانعٌ حسِّـيٌّ طَبْعـيٌّ شـرعيٌّ، والثَّـاني طَبْعيٌّ شرعيٌّ، نعم سيأتي[1] عن "السَّرخسيِّ": ((أنَّ جاريةَ أحدِهما تَمنَعُ)) بناءً على أنَّـه يَمتنِـعُ من وطءِ الزَّوجةِ بحضرتِها طبعاً مع أنَّه لا بأسَ به شرعاً، فهو مانعٌ طَبْعيٌّ لا شرعيٌّ، لكنَّه حسِّـيٌّ أيضاً، فافهم.

[١١٩٧٣] (قولُهُ: كإحرامٍ لفرضٍ أو نفـلٍ) لحجٍّ أو عمـرةٍ قبـلَ وقـوفِ عرفـةَ أو بعـدَهُ قبـلَ طوافٍ، وأطلَقَ في إحرامِ النَّفلِ، فعَمَّ ما إذا كان بإذنِهِ أو بغـيرِ إذنِـهِ، وقـد نَصُّـوا علـى أنَّـه لـه أنْ يُحلِّلَها إذا كان بغيرِ إذنِهِ، "ط"[2].

(قولُهُ: أو بعدَه قبلَ طوافٍ إلخ) قال في "البحر": ((أطلَقَه فشَمِلَ الإحرامَ بحجٍّ فـرْضٍ أو نفْـلٍ، أو بعُمْرةٍ، وعلَّله في "الهداية" وغيرِها؛ بأنَّه يلزمُ من الوطْءِ معه الدَّمُ، وفسادُ الحجِّ، والقضاءُ، فظاهرُه أنَّـه لـو خلا بها بعد الوُقُوف بعرَفَة فإنَّها صحيحةٌ للأمْنِ من الفساد، مع أنَّ الجوابَ مُطْلَقٌ وهو الظَّـاهرُ للحُرْمـة شرعاً)) اهـ، وقوَّاه في "النَّهر" حيثُ قال: ((يُمكنُ أنْ يقالَ: المنظورُ إليه إنَّما هو لُزومُ الدَّم، ولا شكَّ أنَّ البَدَنةَ فوقَهُ، وأمَّا لُزومُ الفساد فمُؤكِّدٌ للمانع فقط)) اهـ.

---

(١) المقولة [١١٩٨٤] قوله: ((به يفتى)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٣.

(و) مِن الحسِّيِّ (رَتَقٌ) بفتحتين: التَّلاحُمُ[1] (وقَرْنٌ) بالسُّكون: عَظْمٌ (وعَفَلٌ) بفتحتين: غُدَّةٌ (وصِغَرٌ)..

قلت: فالظَّاهرُ أنَّ التَّعميمَ الأخيرَ غيرُ مرادٍ؛ لأنَّ العلَّةَ الحرمةُ وهي مفقودةٌ.

[١١٩٧٤] (قولُهُ: ومِن الحسِّيِّ إلخ) لَمَّا كان ظاهرُ العطف يقتضي أنَّ الرَّتَقَ وما عُطِفَ عليه يَخرُجُ عن الموانعِ الثَّلاثةِ مع أنَّها من الحسِّيِّ قدَّرَهُ "الشَّارح"، "ط"[2].

[١١٩٧٥] (قولُهُ: بالسُّكونِ) نقَلَ "الخيرُ الرَّمليُّ" عن "شرح الرَّوض" للقاضي "زكريّا"[3]: ((أنَّ القَرَنَ بفتح رائه أرجحُ من إسكانها)).

[١١٩٧٦] (قولُهُ: عَظْمٌ) في "البحر"[4] عن "المغرب"[5]: ((القَرْنُ في الفرج مانعٌ يَمنَعُ من سُلُوكِ الذَّكَرِ فيه، إمَّا غُدَّةٌ غليظةٌ أو لحمٌ أو عَظْمٌ، وامرأةٌ رتقاءُ: بها ذلك)) اهـ، ومقتضاه [٣/ق٩١/ب] ترادُفُ القَرْنِ والرَّتَقِ.

[١١٩٧٧] (قولُهُ: وعَفَلٌ) بالعين المهملة والفاء، وقولُهُ: ((غُدَّةٌ)) بالغين المعجمة، أي: في خارجِ الفرج، ففي "القاموس"[6]: ((أنَّه شيءٌ يَخرُجُ من قُبُلِ المرأةِ شبيهٌ بالأُدْرَةِ[7] للرِّجال[8])).

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: التلاحم، أي: التحام الفرج بحيث لا يمكن الإيلاج فيه، كما في "الإشارات")). ق١٦١/ب.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٣/٢.

(٣) الشرحُ للقاضي زكريا بن محمد بن الأنصاري السُّنَيْكيِّ المصري (ت٩٢٥هـ، وقيل: ٩٢٨هـ). (والروض) لإسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله المعروف بابن المقرئ الشافعي (ت ٨٣٧ هـ)، وهو مختصر من (الروضة) للإمام النووي (٦٧٦هـ). ("كشف الظنون" ٩١٩/١، و"النور السافر" صـ١٢٠ـ، و"الكواكب السائرة" ١٩٦/١، و"هدية العارفين" ٢١٦/١).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٣/٣.

(٥) "المغرب": مادة ((قَرَن)).

(٦) "القاموس": مادة ((عَفَل)).

(٧) في "ب": ((الإدوة))، وهو خطأ. و"الأُدْرَة" بالضَّم: نفخةٌ في الخِصْية، ويعرف بـ"الفتق"، "لسان العرب" مادة: ((أدر)).

(٨) في "د" زيادة: ((كذا في "شرح النقاية" للشمني، قال في "البحر": هو شيء مدوَّر يخرج بالفرج، ومنه صِغَرُها بحيث لا تطيق الجماع، انتهى. وفي أكثر النسخ: وعضل، قال في "القاموس": العَضَلَة، محرَّكةً وكسفينة: كلُّ عصبة معها لحمٌ غليظٌ. عَضِلَ، كفرح، فهو عَضِلٌ، ككتف ونَدُس: صار كثير العضل، أو ضخمت عضلة ساقه، وعَضَلَ عليه: ضيَّق، وعَضَلَ به الأمر: اشتد. انتهى. وفي بعض النسخ عقل بالقاف، وهو غلط لما علمت، تأمل)). ق١٦١/ب.

ولو بزوجٍ (لا يُطاقُ معه الجِماعُ، و) بلا (وجودِ ثالثٍ معهما)..................

[١١٩٧٨] (قولُهُ: ولو بزَوْجٍ) الباءُ للمصاحبة، أي: ولو كان الصِّغَرُ مُصاحِبَ الزَّوجِ، يعني:لا فَرْقَ بين أنْ يكون الزَّوجُ أو الزَّوجةُ أو كلٌّ منهما صغيراً. اهـ "ح"(١).

قال في "البحر"(٢): ((وفي خلوةِ الصَّغير الذي لا يَقدِرُ على الجماع قولان، وجزَمَ "قاضي خان"(٣) بعدم الصِّحَّة، فكان هو المعتمدَ، ولذا قيَّدَ في "الذَّخيرة" بالمراهق)) اهـ.

وتجبُ العِدَّةُ بخلوتِهِ وإنْ كانت فاسدةً؛ لأنَّ تصريحَهم بوجوبها بالخلوةِ الفاسدةِ شاملٌ لخلوةِ الصَّبيِّ، كذا في "البحر"(٤) من باب العِدَّة. ٣٣٨/٢

[١١٩٧٩] (قولُهُ: لا يُطاقُ معه الجِماعُ) وقُدِّرَت الإطاقةُ بالبلوغ، وقيل: بالتِّسع، والأَولى عدمُ التَّقدير كما قدَّمناه(٥)، ولو قال الزَّوجُ: تُطِيقُهُ وأرادَ الدُّخولَ وأنكرَ الأبُ فالقاضي يُريها النِّساءَ ولم يَعتبرِ السِّنَّ، كذا في "الخلاصة"(٦)، "بحر"(٧).

[١١٩٨٠] (قولُهُ: وبلا وجودِ ثالثٍ) قدَّرَ قولَهُ: ((بلا)) ليكونَ عطفاً على قولِهِ: ((بلا مانعٍ حسِّيٍّ)) بناءً على أنَّه طَبْعيٌّ فقط، لكنْ علمتَ ما فيه، قال "ط"(٨): ((ولا يتكرَّرُ مع ما تقدَّمَ؛ لأنَّ ذاك تمثيلٌ من "الشَّارح"، وهذا من "المصنِّف" تقييدٌ)).

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٣/٣.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح – باب في ذكر مسائل المهر – فصل في الخلوة وتأكد المهر ٣٩٨/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "البحر": كتاب الطلاق ـ باب العدة ١٥٤/٤.

(٥) المقولة [١١٩٧٨] قوله: ((ولو بزوج)).

(٦) "الخلاصة": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ق٨٢/أ معزياً إلى "أدب القاضي" للخصاف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٣/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٤/٢ بتصرف يسير.

ولو نائماً[١] أو أعمى (إلاَّ أنْ يكونَ) الثالثُ (صغيراً لا يَعقِلُ) بأنْ لا يُعبِّرَ عمَّا يكونُ بينهما (أو مجنوناً أو مُغمًى عليه) لكنْ في "البزَّازيَّة"[٢]: ((إنْ في اللَّيلِ صَحَّتْ لا في النَّهار))، ....

[١١٩٨١] (قولُهُ: ولو نائماً أو أعمى) لأنَّ الأعمى يُحِسُّ والنَّائمَ يَستيقِظُ ويَتَناوَمُ، "فتح"[٣]. ودخَلَ فيه الزَّوجةُ الأخرى، وهو المذهبُ بناءً على كراهةِ وطئِها بحضرةِ ضَرَّتِها، "بحر"[٤].

قلت: وفي "البزَّازيَّة" من الحظرِ والإباحة[٥]: ((ولا بأسَ بأنْ يُجامِعَ زوجتَهُ أو[٦] أَمَتَهُ بحضرةِ النَّائمِيْنَ إذا كانوا لا يَعلمون به، فإنْ عَلِمُوا كُرِهَ)) اهـ. ومقتضاه صحَّةُ الخلوةِ عند تحقُّقِ النَّوم، تأمَّل.

وفي "البحر"[٧]: ((وفَصَّلَ في "المبتغى" في الأعمى، فإنْ لم يَقِفْ على حالِهِ تصحُّ، وإنْ كان أصمَّ إنْ كان نهاراً لا تصحُّ، وإنْ كان ليلاً تصحُّ)) اهـ.

قلت: الظَّاهرُ أنَّه أرادَ بالأصمِّ غيرَ الأعمى، أمَّا لو كان أعمى أيضاً فلا فَرْقَ في حقِّهِ بين النَّهارِ واللَّيل، تأمَّل.

[١١٩٨٢] (قولُهُ: والمجنونَ والمغمى عليه[٨]) وقيل: يُمنَعان، "فتح"[٩].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو نائماً، قال في "البحر": ((وفي "الخلاصة": لو دخلت عليه وهو نائم صحَّت، علم أو لم يعلم، انتهى. وهو مشكل؛ لأنَّه لم يتمكنَّ مع النوم من وطئها، لكن أقاموه مقام اليقظان هنا، انتهى.

أقول: لكن لَمَّا كان مبنى اللزوم على التسليم، وهو رفعُ الموانع من جهتها، لم يُعتَبَر نومُهُ مانعاً؛ لأنه من جهته. خير الدين الرملي)). ق١٦١/ب.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ٤/١٤١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢١٧.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٦٣.

(٥) "البزازية": كتاب الكراهية ـ الفصل السادس في النكاح ٦/٣٦٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في "الأصل" و"ب" و"م" و"البزازية": بالواو بدل ((أو)).

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٦٣.

(٨) قولُهُ: ((والمجنونَ والمغمى عليه)) كذا بخطِّ "المحشِّي"، وهو غيرُ موافقٍ لقول "المصنِّف": ((أو مجنوناً إلخ))، كتبه نصر.

(٩) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢١٧.

وكذا الأعمى في الأصحِّ (أو جاريةَ أحدِهما) فلا تَمنَعُ، به يُفتَى، "مبتغى". (والكلبُ يَمنَعُ

قلت: يظهرُ لي المنعُ في المجنون؛ لأنَّه أقوى حالاً من الكلبِ العَقُور، تأمَّل.

[١١٩٨٣] (قولُهُ: وكذا الأعمى) قد علمتَ ما فيه من أنَّه لا يَظهَرُ الفَرْقُ بين اللَّيل والنَّهار في حقِّهِ، تأمَّل.

[١١٩٨٤] (قولُهُ: به يُفتَى) [٣/ق٩٢/أ] زاد في "البحر"[1] عن "الخلاصة"[2]: ((أنَّه المختار))، ثمَّ قال: ((وجزَمَ الإمامُ "السَّرخسيُّ" في "المبسوط"[3] بأنَّ كُلاًّ منهما يَمنَعُ، وهو قول "أبي حنيفة" و"صاحبيه"؛ لأنَّه يَمتنِعُ من غِشْيانِها بين يدي أَمَتِهِ طبعاً)) اهـ، أي: وكذا بين يدي أَمَتِها بالأَولى؛ لأنَّها أجنبيَّةٌ لا تَحِلُّ له.

قلت: وجزَمَ به أيضاً الإمامُ "قاضي خان" في "شرح الجامع"[4]، وفي "البدائع"[5]: ((لو كان الثَّالثُ جاريةً له رُوِيَ أنَّ "محمَّداً" كان يقول أوَّلاً: تصحُّ خلوتُهُ، ثمَّ رجَعَ وقال: لا تصحُّ)) اهـ.

ولعلَّ وجهَ الأوَّلِ ما صرَّحُوا به من أنَّه لا بأسَ بوطءِ المنكوحةِ بمُعايَنَةِ الأَمَةِ دون عكسِهِ، لكنْ هذا يَظهَرُ في أَمَتِهِ دون أَمَتِها، على أنَّ نفيَ البأس شرعاً لا يَلزَمُ منه عدمُ نُفْرةِ الطِّباعِ السَّليمةِ عنه، وحيث كان هو المنقولَ عن أئمَّتِنا الثَّلاثةِ كما مرَّ[6]، وعزاه أيضاً في "الفتاوى الهنديَّة"[7] إلى "الذَّخيرة" و"المحيط"[8] و"الخانيَّة"[9] لا ينبغي العُدُولُ عنه؛ لموافقتِهِ الدِّرايةَ والرِّوايةَ، ولذا قال

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٣/٣.

(٢) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ق٨٣/ب.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الإحصان ١٥٠/٥.

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ق١٠٠/ب.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٣/٢.

(٦) في المقولة نفسها.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ الفصل الثاني فيما يتأكد به المهر والمتعة ٣٠٥/١.

(٨) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل السادس عشر في المهور ـ مسائل الخلوة ق٢٠٩/أ.

(٩) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الخلوة وتأكد المهر ٣٩٧/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

إنْ كان (عقوراً) مطلقاً، وفي "الفتح": وعندي أنَّ كلبَهُ لا يَمنَعُ مطلقاً (أو) كان (للزَّوجةِ، وإلاَّ) يكنْ عقوراً وكان له (لا) يَمنَعُ، وبقي منه..............

"الرَّحمتيُّ": ((العجبُ كيف يُجعَلُ المذهبَ المفتى به ما هو خلافُ قولِ "الإمام" و"صاحبيه" مع عدمِ اتِّجاهِهِ في المعنى؟!)).

[١١٩٨٥] (قولُهُ: إنْ كان عَقُوراً مطلقاً) أي: سواءٌ كان كلبَهُ أو كلبَها.

[١١٩٨٦] (قولُهُ: لا يَمنَعُ مطلقاً) أي: عَقُوراً أوْ لا، وعلَّلَهُ في "الفتح"[1] بقوله: ((لأنَّ الكلب قطُّ لا يَعتدي على سيِّدِه، ولا على مَن يَمنعُهُ سيِّدُهُ عنه)) اهـ.

وحينئذٍ فلو رآه الكلبُ فوقها يكونُ سيِّدُهُ في صورةِ الغالب لها فلا يَعدُو عليه، وكذا لو أمَرَها الزَّوجُ أنْ تكون فوقَهُ؛ لأنَّها وإنْ كانت في صورةِ الغالبة له وأمكَنَ أنْ يَعدُو عليها الكلبُ لكنْ يَمنَعُهُ سيِّدُهُ عنها، فتصحُّ الخلوةُ، فافهم.

[١١٩٨٧] (قولُهُ: أو كان للزَّوجةِ) أي: أو كان غيرَ عَقُورٍ وكان للزَّوجةِ، فإنَّه يكونُ مانعاً، لكنَّ مقتضى ما علَّلَ به في "الفتح" أنَّه لا فَرْقَ بين كلبِهِ وكلبِها؛ لأنَّ كلبَها ـ وإنْ رآها تحت الزَّوجِ ـ يمكنُ أنْ تَمنَعَهُ عنه فلا يَعدُو عليه، فتصحُّ الخلوةُ، تأمَّل.

[١١٩٨٨] (قولُهُ: وكان له) بالواو، وفي بعض النُّسخ بـ((أو))، وهو تحريفٌ. اهـ "ح"[2]، أي: لأنَّ الصُّورَ أربعٌ: عقورٌ له أو لها، وغيرُ عَقُورٍ كذلك، فذَكَرَ أوَّلاً أنَّ المانع ثلاثُ صُوَرٍ: عَقُورٌ مطلقاً، وغيرُ عقورٍ هو لها، وبقي غيرُ مانعٍ الصُّورةُ الرَّابعة هي أنْ يكون غيرَ عَقُورٍ وكان له.

[١١٩٨٩] (قولُهُ: وبقيَ إلخ) وبقيَ أيضاً من المانعِ الشَّرعيِّ أنْ يُعلِّقَ طلاقَها [٣/ق٩٢/ب]

(قولُهُ: العَجَبُ كيف يجعلُ المذهبَ المُفْتى به ما هو خلافُ قوْلِ "الإمام" وصاحبَيْه إلخ) لا عجَبَ في ذلك؛ إذْ علينا اتِّباعُ ما صحَّحوهُ واعتمدُوهُ، وإنْ لم يظهر لنا وجهُهُ مع إمكان توجيهه بأنَّ هذه الجاريةَ لَمَّا كانت كالمتاعِ ولا يُسْتَحيا منها لم تُجْعَل مانعاً حِسّاً، ولابُدَّ أنَّه قوْلٌ لأحد أئمَّة المَذْهب.

(قولُهُ: وفي بعض النُّسخ بـ ((أو)) وهو تحريفٌ إلخ) قال "الرَّحمتيُّ": ((مَن قال: إنَّ ((أو)) تحريفٌ فقد وَهِمَ؛ لأنَّها بناءٌ على ما قدَّمه عن "الفتح")) اهـ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٧/٣.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/ب.

عدمُ صلاحيةِ المكانِ..............................

بخلوتِها، فإذا خلا بها طَلُقَتْ فيَجبُ نصفُ المهر لحرمةِ وطئها، "بحر"[١] عن "الواقعات". قال: ((وزاد في "البزَّازيَّة"[٢] و"الخلاصة"[٣]: أنَّه لا تجبُ العِدَّةُ في هذا الطَّلاق؛ لأنَّه لا يتمكَّنُ من الوطء، وسيأتي[٤] وجوبُها في الخلوةِ الفاسدة على الصَّحيح، فتجبُ العِدَّةُ هنا احتياطاً)) اهـ.

ومشى "الشَّارحُ" فيما سيأتي[٥] بعدَ صفحةٍ على ما في "البزَّازيَّة"، ويأتي[٦] تمامُ الكلام فيه، وسيأتي[٧] أيضاً عند قوله: ((ولو افترَقا)) أنَّ[٨] امتناعَها من تمكينِهِ في الخلوةِ يَمنَعُ صحَّتَها لو كانَتْ ثيِّباً لا لو بكْراً[٩].

[١١٩٩٠] (قولُهُ: عدمُ صلاحيَةِ المكانِ) أي: للخلوةِ، وصلاحيَتُهُ بأنْ يَأمَنا فيه اطِّلاعَ غيرِهما عليهما كالدَّار والبيت ولو لم يكن له سقفٌ، وكذا المحلُّ الذي عليه قُبَّةٌ مضروبةٌ، والبستانُ الذي له بابٌ مُغلَقٌ، بخلاف ما ليس له بابٌ[١٠] وإنْ لم يكن هناك أحدٌ، "بحر"[١١].

ولو كانا في مخزنٍ من خانٍ يَسكُنُه النَّاسُ، فرَدَّ البابُ ولم يُغلَقْ والنَّاسُ قعودٌ في وسطِهِ غيرَ مُترصِّدِيْنَ لنظرِهما صحَّتْ، وإنْ كانوا مُترصِّدِيْنَ فلا، "فتح"[١٢].

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٤/٣.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ١٤٢/٤.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ق٨٣/ب.

(٤) "در" صـ٤١٤ـ٤١٥ـ.

(٥) "در" صـ٤١٢ـ٤١٣ـ.

(٦) المقولة [١٢٠٤٥] قوله: ((فخلا بها)) وما بعدها.

(٧) "در" صـ٤١١ـ٤١٢ـ.

(٨) ((أنَّ)) ساقطة من "الأصل".

(٩) في "د" زيادة: ((تنبيه: قال في "أنفع الوسائل": وخلوةُ النساء في زماننا فيها نظرٌ، فإنَّها لا تعرى عن امرأة تكون معها في البيت، وهي تترصَّد وتتطلَّع إلى ما يجري لها، فمتى ظهر ذلك عند الحاكم لا يسوغ له الحكم بتأكد المهر لفساد الخلوة، وهذا غالباً إنما يقع في حق الأبكار، فعلى الحاكم أن يحترز ويتثبَّتَ في ذلك قبل الحكم، فإذا ظهر له أنَّ الخلوة صحيحة حكم، وإلا فلا)). ق١٦١/ب.

(١٠) في "آ": ((باب مغلق)).

(١١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٣/٣ بتصرف يسير.

(١٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٧/٣.

كمسجدٍ، وطريقٍ، وحَمَّامٍ، وصحراءَ، وسطحٍ، وبيتٍ بابُهُ مفتوحٌ،..............

[١١٩٩١] (قولُهُ: كمسجدٍ وطريقٍ) لأنَّ المسجد مَجمَعُ النَّاس، فلا يَأمَنُ الدُّخولَ عليه ساعةً فساعةً، وكذا الوطءُ فيه حرامٌ، قال تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ﴾ [البقرة-١٨٧]، والطَّريقُ مَمَرُّ النَّاس عادةً، وذلك يُوجِبُ الانقباضَ فيَمنَعُ الوطءَ، "بدائع"[١].

قلت: ويُؤخَذُ من قوله: ((وكذا الوطءُ فيه حرامٌ إلخ)) أنَّه مانعٌ وإنْ كان خالياً وبابُهُ مُغلَقٌ، فتأمَّل. وفي "الفتح"[٢]: ((ولو سافَرَ بها فعدَلَ عن الجادَّةِ بها إلى مكانٍ خالٍ فهي صحيحةٌ)). ٢/٣٣٩

[١١٩٩٢] (قولُهُ: وحَمَّامٍ) أي: بابُهُ مفتوحٌ، أمَّا لو كان مقفولاً عليهما وحدَهما فلا مانعَ من صحَّتِها كما لا يخفى، فافهم.

[١١٩٩٣] (قولُهُ: وسَطْحٍ) أي: ليس على جوانبِهِ سِتْرٌ، وكذا إذا كان السِّتْرُ رقيقاً أو قصيراً بحيث لو قامَ إنسانٌ يَطَّلِعُ عليهما، "فتح"[٣]. وفيه: ((ولا تصحُّ في المسجدِ والحمَّام، وقال "شدَّادٌ": إنْ كانَتْ ظلمةٌ شديدةٌ صحَّتْ؛ لأنَّها كالسَّاتر، وعلى[٤] قياسِ قولِهِ تصحُّ على سَطْحٍ لا ساترَ له إذا كانَتْ ظلمةٌ شديدةٌ، والأوجهُ أنْ لا تصحَّ؛ لأنَّ المانع الإحساسُ، ولا يَختَصُّ بالبصر، ألا يُرى إلى الامتناعِ لوجودِ الأعمى ولا إبصارَ للإحساس)) اهـ.

قلت: الإحساسُ إنما يمكنُ إذا كان معهما أحدٌ على السَّطح، أمَّا لو كانا فوقَهُ وحدهما، وأَمِنا من صُعُودِ أحدٍ إليهما لم يَبْقَ الإحساسُ إلاَّ بالبصرِ، والظُّلمةُ الشَّديدةُ تَمنَعُهُ كما لا يخفى، تأمَّل.

[١١٩٩٤] (قولُهُ: وبيتٍ بابُهُ مفتوحٌ) أي: بحيث لو نظَرَ إنسانٌ رآهما، وفيه خلافٌ، ففي "مجموع النَّوازل": [٣/ق٩٣/أ] ((إنْ كان لا يَدخُلُ عليهما أحدٌ إلاَّ بإذنٍ فهي خلوةٌ))، واختارَ

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢/٢٩٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢١٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢١٧.

(٤) ((وعلى)) ساقطة من "الأصل".

وما إذا لم يَعرِفْها[١] (وصومُ التَّطوُّعِ والمنذورِ والكفَّاراتِ والقضاءِ غيرُ مانعٍ لصحَّتِها) في الأصحِّ؛ إذ لا كفَّارةَ بالإفسادِ، ومُفادُهُ أنَّه لو أكَلَ ناسياً فأمسَكَ، فخلا بها.......

في "الذَّخيرة" أنَّه مانعٌ، وهو الظَّاهر، "بحر"[٢]. ووجهُهُ: أنَّ إمكان النَّظر مانعٌ بلا توقُّفٍ على الدُّخولِ، فلا فائدةَ في الإذنِ وعدمِهِ.

[١١٩٩٥] (قولُهُ: وما إذا لم يَعرِفْها) لأنَّ التَّمكُّنَ لا يحصلُ بدون المعرفة، بخلاف ما إذا لم تَعرِفْهُ، والفَرْقُ أنَّه مُتمكِّنٌ من وطئِها إذا عرفَها و لم تَعرِفْهُ بخلاف عكسِهِ، فإنَّه يَحرُمُ عليه، كذا في "البحر"[٣]، وفيه: أنَّه إذا لم تَعرِفْهُ يَحرُمُ عليها تمكينُهُ منها، فالظَّاهرُ أنَّها تَمنَعُهُ من وطئِها بناءً على ذلك، فينبغي أنْ يكونَ مانعاً، فتأمَّل، "ح"[٤].

قلت: إنَّ هذا المانعَ بيدِهِ إزالتُهُ: بأنْ يُخبِرَها أنَّه زوجُها، فلمَّا جاءَ التَّقصيرُ من جهتِهِ يُحكَمُ بصحَّةِ الخلوةِ، فيَلزَمُ المهرُ، "ط"[٥].

[١١٩٩٦] (قولُهُ: في الأصحِّ) أي: أصحِّ الرِّوايتين، لكنْ صرَّحَ شُرَّاحُ "الهداية"[٦]: ((بأنَّ روايةَ المنع في التَّطوُّع شاذَّةٌ[٧]))، ويشيرُ إليه قولُ "الخانيَّة"[٨]: ((وفي صومِ القضاءِ والكفَّاراتِ

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وما إذا لم يعرفها، قال في "البحر": ومن المانع الشرعي أن لا يعرفَها حين دخلت عليه أو حين دخل عليها على الأصحِّ؛ لأنَّها إنما تقام مقام الوطئ إذا تحقق بالخلوة التسليم والتمكين، وهذا لا يحصل إلا بالمعرفة، كذا في "المحيط"، ويصدَّق أنه لم يعرفها، كذا في "الخانية"، ولو عرفها هو و لم تعرفه هي تصحُّ الخلوة، كذا في "التبيين". ولعلَّ الفرق أنه متمكنٌ من وطئها إذا عرفها و لم تعرفه، بخلاف عكسه؛ فإنَّه يحرم عليه وطؤها. وفي "الخانية": الكافر إذا خلا مع امرأته بعدما أسلمت صحَّت الخلوة، ولو أسلم الكافر وامرأتُهُ مشركةٌ فخلى بها لا تصحُّ الخلوة، انتهى. ولعلَّ الفرق مبنيٌّ على أنَّ الكافر غيرُ مخاطب بالفروع، فكان متمكِّناً من وطئ المسلمة بخلاف وطء المسلمِ المشركةَ، انتهى)). ق١٦٢/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٣/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٥/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/ب.

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٤/٢.

(٦) انظر "الفتح" و"العناية" و"الكفاية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٨/٣ و"البناية": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ الخلوة قبل الدخول ٦٧٢/٤.

(٧) الذي في نسخة "العناية" التي بين أيدينا ((إشارة)) بدل((شاذة)) وهو خطأ.

(٨) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الخلوة وتأكد المهر ٣٩٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

أنْ تصحَّ، وكذا كلُّ ما أسقَطَ الكفَّارةَ، "نهر"[١]. (بل المانعُ صومُ رمضانَ) أداءً وصلاةُ الفرضِ فقط (كالوطءِ)..

والمنذورات روايتان، والأصحُّ أنَّه لا يَمنَعُ الخلوةَ، وصومُ التَّطوُّعِ لا يَمنَعُها في ظاهرِ الرِّوايةِ، وقيل: يَمنَعُ)) اهـ، وقولُ "الكنز"[٢]: ((وصومُ الفرضِ يَدخُلُ فيه القضاءُ والكفَّاراتُ والمنذوراتُ))، فيكونُ اختياراً منه لروايةِ المنع في غيرِ التَّطوُّعِ؛ لأنَّ الإفطارَ فيه بغيرِ عُذرٍ جائزٌ في روايةٍ، ويُؤيِّدُ ما في "الكنز" تعبيرُ "الخانيَّة"[٣] بالأصحِّ، فإنَّه يفيدُ أنَّ مُقابلَهُ صحيحٌ، وكذا قولُ "الهداية"[٤]: ((وصومُ القضاءِ والمنذورِ كالتَّطوُّعِ في روايةٍ))، فإنَّه يفيدُ أنَّ روايةَ كونِهما كصومِ رمضان أقوى، وبهذا يتأيَّدُ ما بحَثَهُ في "البحر"[٥] بقوله: ((وينبغي أنْ يكون صومُ الفرض ـ ولو منذوراً ـ مانعاً اتِّفاقاً؛ لأنَّه يَحرُمُ إفسادُهُ وإنْ كان لا[٦] كفَّارةَ فيه، فهو مانعٌ شرعيٌّ)) اهـ.

[١١٩٩٧] (قولُهُ: أنْ تَصِحَّ) أي: الخلوةُ؛ لسقوطِ الكفَّارة بشُبهةِ خلاف الإمام "مالكٍ" رحمه الله، فإنَّه يَرَى فِطْرَهُ بأكلِهِ ناسياً ولا كفَّارةَ، "ط"[٧].

[١١٩٩٨] (قولُهُ: وكلُّ ما أسقَطَ الكفَّارةَ) كشُرْبٍ، وجِماعٍ ناسياً، ونيَّةٍ نهاراً، ونيَّةِ نفلٍ، "ط"[٨].

[١١٩٩٩] (قولُهُ: وصلاةُ الفرضِ فقط) قال في "الهداية"[٩]: ((والصَّلاةُ بمنزلةِ الصَّوم، فرضُها

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٠/أ.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/١٥٢.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الخلوة وتأكد المهر ١/٣٩٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٠٦.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٦٤.

(٦) ((لا)) ساقطة من "الأصل".

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٤.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٤.

(٩) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٠٦، ومن: ((قال في "الهداية")) إلى: ((كتنفله)) ساقط من "ب" و"م".

....

كفرضِهِ ونفلُها كنفلِهِ))، وقال في "البحر"[١]: ((لا شكَّ أنَّ إفساد الصَّلاة لغيرِ عذرٍ حرامٌ فرضاً كانت أو نفلاً، فينبغي أنْ تَمنَعَ مطلقاً مع أنَّهم قالوا: إنَّ الصَّلاةَ الواجبةَ لا تَمنَعُ كالنَّفل[٢] مع أنَّه يأثَمُ بتركِها، وأغربُ منه ما في "المحيط": أنَّ صلاة التَّطوُّعِ لا تَمنَعُ إلاَّ الأربعُ قبلَ الظُّهرِ؛ لأنَّها سنَّةٌ مؤكَّدةٌ، فلا يجوزُ تركُها بمثلِ هذا العذرِ اهـ. فإنَّه يقتضي عدمَ [٣/ق٩٣/ب] الفَرْقِ بين السُّننِ المؤكَّدةِ، وأنَّ الواجبةَ تَمنَعُ بالأَولى)) اهـ.

قلت: والحاصلُ أنَّهم لم يُفرِّقُوا في إحرامِ الحجِّ بين فرضِهِ ونفلِهِ؛ لاشتراكهما في لُزُومِ القضاءِ والدَّمِ، وفرَّقُوا بينهما في الصَّوم والصَّلاة، أمَّا الصَّومُ فظاهرٌ؛ لِلُزُومِ القضاءِ والكفَّارة في فرضه بخلاف نفلِهِ وما أُلحِقَ به؛ لأنَّ الضَّرر فيه بالفطرِ يسيرٌ؛ لأنَّه لا يَلزَمُ إلاَّ القضاءُ لا غيرُ كما في "الجوهرة"[٣]، وأمَّا في الصَّلاة فالفَرْقُ بينهما مُشكِلٌ؛ إذ ليس في فرضِها ضررٌ زائدٌ على الإثمِ ولُزُومِ القضاء، وهذا موجودٌ في نفلِها وواجبِها، نعم الإثمُ في الفرض أعظمُ، وفي كونِهِ مَناطاً لمنعِ صحَّةِ الخلوة خفاءٌ، وإلاَّ لَزِمَ أنْ لا يكون قضاءُ رمضان والكفَّاراتُ كالنَّفل، ولعلَّ هذا وجهُ اختيار "الكنز"[٤] إطلاقَ فرض الصَّوم كما قدَّمناه[٥]، فكذا الصَّلاةُ ينبغي أنْ يكونَ فرضُها ونفلُها كفرضِ الصَّوم بخلاف نفلِهِ؛ لأنَّه أوسعُ بدليلِ أنَّه يجوزُ إفطارُهُ بلا عذرٍ في روايةٍ، ونفلُ الصَّلاةِ لا يجوزُ قطعُهُ بلا عذرٍ في جميعِ الرِّواياتِ، فكان كفرضِها، ولعلَّ المُجتهِدَ قام عنده فَرْقٌ بينهما لم يَظهَرْ لنا، واللهُ تعالى أعلم.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٦٤.

(٢) ذكره في البحر نقلاً عن "شرح النقاية".

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ـ أبحاث المهر ٢/٨١.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/١٥٢.

(٥) المقولة [١١٩٩٦] قوله: ((في الأصح)).

فيما يجيءُ (ولو) كان الزَّوجُ (مجبوباً أو عنِّيناً أو خَصِيّـاً) أو خنثى إنْ ظهَـرَ حالُـهُ، وإلاَّ فنكاحُهُ موقوفٌ، وما في "البحر" و"الأشباه" ليس على ظاهرِهِ،............

[١٢٠٠٠] (قولُهُ: فيما يجيءُ) أي: من الأحكامِ، "ط"[1].

[١٢٠٠١] (قولُهُ: ولو مجبوباً) أي: مقطوعَ الذَّكَر والخُصْيَتين، من الجَبِّ وهو القطعُ، قال في "الغاية": ((والظَّاهرُ أنَّ قطع الخُصْيَتين ليس بشرطٍ في المجبوب))؛ ولذا اقتصَرَ "الإسبيجابيُّ" علـى قَطْعِ الذَّكَر، "ح"[2] عن "النَّهر"[3].

[١٢٠٠٢] (قولُهُ: أو خَصِيّـاً) بفتـح الخـاء المعجمـة: فَعِيْـلٌ بمعنـى مفعـولٍ، وهـو مَـن سُلَّتْ خُصْيَتاه وبقيَ ذَكَرُهُ، "ح"[4].

[١٢٠٠٣] (قولُهُ: إنْ ظهَرَ حالُـهُ) أي: إنْ ظهَـرَ قبـل الخلـوة أنَّ هـذا الـزَّوجَ الخنثى رجـلٌ، وظهَـرَ[5] أنَّ نكاحَـهُ صحيـحٌ فـإنَّ وطـأَهُ حينئـذٍ جـائزٌ، فتكـونُ الخلـوةُ كـالوطءِ، وإنْ لم يَظهَـر فالنِّكاحُ موقوفٌ لا يُبيحُ الوطءَ، فلا تكونُ خلوتُهُ كالوطءِ، فافهم.

[١٢٠٠٤] (قولُهُ: وما في "البحر"[6]) حيث أطلَقَ صحَّةَ خلوتِهِ، و لم يُقيِّد بظُهُورِ حـالِـهِ،

(قولُهُ: والظَّاهرُ أنَّ قطـعَ الخُصْيتـين ليس بشـرْطٍ في المَجبُـوب إلخ) أي: ليس بشـرطٍ في تسـميته مَجْبوباً وإنْ كان تفسيرُه هنا بمقطوع الذَّكَر، والخُصْيَتين هو المناسب هنا؛ إذ يُعلَمُ منه حُكْمُ ما إذا كـان مقطوعَ الذَّكَر فقط بالأَوْلى.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٤.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/ب.

(٣) "النهر" كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٠/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٣/ب.

(٥) ((وظهر)) ساقطٌ من "الأصل".

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٦٦.

"نهر"(١). وفيه: عن "شرح الوهبانيَّة"(٢): ((أنَّ العُنَّة قد تكونُ.........

وما في "الأشباه" ستَعرِفُهُ(٣).

٢/٣٤٠ [١٢٠٠٥] (قولُهُ: "نهر"(٤)) عبارتُهُ: ((ويجبُ أنْ يُرادَ به مَن ظهَرَ حالُهُ(٥)، أمَّا المُشكِلُ فنكاحُهُ موقوفٌ إلى أنْ يتبيَّنَ حالُهُ، ولهذا لا يُزوِّجُهُ وليُّهُ مَن تَختِنُهُ(٦)؛ لأنَّ النّكاحَ الموقوفَ لا يُفيدُ إباحةَ النَّظر، كذا في "النّهاية")) اهـ، أي: فلا يُبيحُ الوطءَ بالأَولى، فلا تصحُّ خلوتُهُ كالخلوةِ بالحائض بل أَولى؛ لأنَّه قبل التَّبيين بمنزلةِ الأجنبيِّ، ثمَّ قال في "النَّهر"(٧): ((وأفاد في "المبسوط"(٨): أنَّ حالَهُ يتبيَّنُ بالبلوغ، فإنْ ظَهَرَتْ فيه علامةُ الرَّجُل وقد زَوَّجَهُ أبوه [٣/ق٩٤/أ] امرأةً حُكِمَ بصحَّةِ نكاحِهِ من حينِ عَقْدِ الأب(٩)، فإنْ لم يَصِلْ إليها أُجِّلَ كالعِنِّين، وإنْ زُوِّجَ رَجُلاً تبيَّنَ بطلانُهُ، وهذا صريحٌ في عدم صحَّةِ خلوتِهِ قبل ذلك. وبهذا التَّقريرِ عَلِمْتَ أنَّ ما نقلَهُ في "الأشباه"(١٠) عن "الأصل": لو زَوَّجَهُ أبوه رَجُلاً فوصَلَ إليه جازَ، وإلاَّ فلا عِلْمَ لي بذلك، أو امرأةً فبلَغَ فوصَلَ

(قولُ "الشَّارح": وفيه عن "شرح الوهبانيَّة" أنَّ العُنَّةَ إلخ) جوابٌ عمَّا يَرِدُ عن "النَّهر" حيثُ قال: ((إنَّه لو لم يَصِلْ إليها بعد بُلُوغه يُجعلُ كالعِنِّين))، وتقريرُ السُّؤال أنَّ العُنَّةَ في كِبَرِ السِّنِّ، وأنَّ حالةَ وقتِ البُلُوغِ شدَّةُ شَهْوةٍ، فكيف يكون عِنِّيناً؟ فأجاب بأنَّ العُنَّةَ قد تكونُ لِمَرَضٍ إلخ "رحمتي".

---

(١) عبارة "ب" و "و" و"ط": ((كما بسطه في "النهر")).
(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الطلاق ق٩٤/أ.
(٣) في المقولة الآتية.
(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/أ.
(٥) في "ب": ((من حاله))، وهو خطأ.
(٦) في "ب": ((تحتنه)).
(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/أ.
(٨) "المبسوط": كتاب الخنثى ـ حكم تزويجه ١٠٦/٣٠.
(٩) ((عقد الأب)) سقط من "الأصل".
(١٠) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث الجمع والفرق. أحكام الخنثى المشكل صـ٣٨٢-٣٨٣.

لمرضٍ، أو ضَعْفِ خِلْقةٍ، أو كِبَرِ سِنٍّ)) (في ثُبُوتِ النَّسبِ)..................

إليها جازَ، وإلاَّ أُجِّلَ كالعِنِّينِ ليس على ظاهرِهِ، واللهُ الموفِّق)) اهـ، أي: أنَّ ظاهر ما في "الأشباه" أنَّه بمجرَّدِ وُصُولِ الرَّجُلِ إليه ـ أي: وطئِهِ له ـ أو بوصولِهِ إلى المرأة يصحُّ النِّكاح ولو قبلَ البلوغِ وظُهُورِ علامةٍ فيه، وأنَّ الوطءَ يَحِلُّ قبل التَّبيُّنِ، وأنَّ الخلوة به صحيحةٌ، وأنَّه بعد البلوغ قد يتبيَّنُ حالُهُ وقد لا يتبيَّنُ، مع أنَّه في "المبسوط"[١] جزَمَ بتبيُّنِ حالِهِ بالبلوغ، وأنَّه قبل التَّبيُّنِ يكونُ نكاحُهُ موقوفاً، فهو صريحٌ في عدمِ صحَّةِ الخلوة قبل التَّبيُّنِ لعدم حِلِّ الوطءِ. وفيه نظرٌ، فإنَّ قوله: ((جاز)) معناه: جازَ العَقْدُ لتبيُّنِ حالِهِ بذلك، فقد صرَّحُوا بأنَّ ذلك رافعٌ لإشكالِهِ، ولا يَلزَمُ منه حِلُّ الوطءِ. وقولُهُ: ((وإلاَّ فلا عِلْمَ لي بذلك)) أي: إنْ لم تَظهَرْ فيه هذه العلامةُ لا أَحكُمُ بصحَّةِ العَقْدِ ولا بعدمِها، بل يتوقَّفُ ذلك على ظُهُورِ علامةٍ أخرى، وقولُ "المبسوط": ((إنَّ حالَهُ يتبيَّنُ بالبلوغ)) مبنيٌّ على الغالبِ، وإلاَّ فقد صرَّحُوا بأنَّه قد يَبقَى حالُهُ مُشكِلاً بعده، كما إذا حاضَ مِن فَرْجِ النِّساء وأَمْنَى من فَرْجِ الرِّجال، وقد يتبيَّنُ حالُهُ قبل البلوغ: كأنْ يَبُولَ من أحدِ الفرجين دون الآخرِ فتصحُّ خلوتُهُ.

والحاصلُ: أنَّ تقييد صحَّةِ الخلوةِ بتبيُّنِ حالِهِ ظاهرٌ لعدم حِلِّ الوطءِ قبله.

[١٢٠٠٦] (قولُهُ: لمرضٍ إلخ) وكذا السِّحرُ، ويُسمَّى[٢] المعقودَ كما سيأتي[٣] في بابِهِ عن "الوهبانيَّة".

[١٢٠٠٧] (قولُهُ: في ثُبُوتِ النَّسَبِ إلخ) الذي حقَّقَهُ في "البحر"[٤] بحثاً ثمَّ رآه منقولاً عن "الخصَّاف"[٥]: ((أنَّ الخلوة لم تَقُمْ مَقامَ الوطءِ إلاَّ في حقِّ تكميلِ المهر ووجوبِ العِدَّة))،

---

(١) "المبسوط": كتاب الخنثى ـ حكم تزويجه ٣٠/١٠٦.

(٢) أي: المسحور.

(٣) المقولة [١٢٩١٩] قوله: ((ولو فات الإمساك بالمعروف)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٦٥، نقلاً عن "جامع الفصولين" عن "أدب القاضي" للخصاف.

(٥) "أدب القاضي": الباب الثامن والثمانون في المجبوب ٤/١٩٣ بتصرف.

ولو مِن المجبوبِ (و) في (تأكُّدِ المهرِ) المسمَّى ومهرِ المثلِ بلا تسميةٍ (والنَّفقةِ والسُّكنى والعِدَّةِ وحرمةِ نكاحِ أختِها وأربعٍ سواها)........................

قال: ((وما سواه فهو من أحكامِ العَقْدِ كالنَّسَب))، أي: فإنَّه يَثْبُتُ وإنْ لم توجد خلوةٌ أصلاً كما في تزوُّجِ مشرقيٍّ مغربيَّةً، أو من أحكام العِدَّةِ كالبقيَّةِ، والعجبُ من صاحب "النَّهر"(١) حيث تابَعَ أخاه في هذا التَّحقيق، ثمَّ خالَفَهُ في النَّظْم الآتي(٢)، وما ذكَرَهُ في "البحر" سبَقَهُ إليه "ابن الشِّحنة" في "عقد الفرائد"(٣)، لكنَّه أفادَ: ((أنَّ المُطلَّقةَ قبل الدُّخولِ لو ولَدَتْ لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ من حينِ الطَّلاق ثبَتَ نَسَبُهُ للتَّيقُّنِ بأنَّ العُلُوقَ قبل الطَّلاق، وأنَّ الطَّلاقَ بعد الدُّخول، ولو وَلَدَتْهُ لأكثرَ [٣/ق٩٤/ب] لا يَثْبُتُ لعدمِ العِدَّة، ولو اختَلَى بها فطَلَّقَها يثبُتُ وإنْ جاءَتْ به لأكثرَ من ستَّةِ أشهرٍ))، قال: ((ففي هذه الصُّورةِ تكونُ الخصوصيَّةُ للخلوة)).

[١٢٠٠٨] (قولُهُ: ولو من المجبوبِ) لإمكانِ إنزالِهِ بالسِّحاق، وسيأتي(٤) في باب العنِّين أنَّه يثبُتُ نَسَبُهُ إذا خلا بها، ثمَّ فُرِّقَ بينهما ولو جاءت به لسنتين.

[١٢٠٠٩] (قولُهُ: وفي تأكُّدِ المهرِ) أي: في خلوةِ النِّكاحِ الصَّحيحِ، أمَّا الفاسدُ فيجبُ فيه مهرُ المثل بالوطءِ لا بالخلوةِ كما سيذكرُهُ(٥) "المصنِّف" في هذا البابِ لحرمةِ الوطءِ فيه، فكان كالخلوةِ بالحائض.

[١٢٠١٠] (قولُهُ: والعِدَّةِ) وجوبُها من أحكامِ الخلوة سواءٌ كانَتْ صحيحةً أم لا، "ط"(٦)، أي: إذا كانَتْ في نكاحٍ صحيحٍ، أمَّا الفاسدُ فتجبُ فيه العدَّةُ بالوطءِ كما سيأتي(٧).

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٠/أ.

(٢) "در" صـ٤٠٧ـ وما بعدها.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ق٨٤/أ معزياً إلى "المبسوط".

(٤) المقولة [١٥١١٤] قوله: ((ثبت نسبه)).

(٥) "در" صـ٤٤١ـ وما بعدها.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٥/٢.

(٧) المقولة [١٥٣٧٩] قوله: ((لا توجب العدة)) وما بعدها.

في عِدَّتِها (وحرمةِ نكاحِ الأَمَةِ ومراعاةِ وقتِ الطَّلاقِ في حقِّها) وكذا في وقوعِ طلاقٍ بائنٍ آخرَ على المختارِ (لا) تكونُ كالوطءِ (في حقِّ) بقيَّةِ الأحكامِ.........

[١٢٠١١] (قولُهُ: في عِدَّتِها) متعلّقٌ بـ((نكاحِ))، والأَولى تأخيرُهُ بعدَ قوله: ((وحُرمةِ نكاحِ الأَمَةِ))، "ط"[١].

[١٢٠١٢] (قولُهُ: وحُرمةِ نكاحِ الأَمَةِ) أي: لو طَلَّقَ الحرَّةَ بعد الخلوةِ بها لا يصحُّ تزوُّجُهُ أَمَةً ما دامت الحرَّةُ في العِدَّة ولو الطَّلاقُ بائناً.

[١٢٠١٣] (قولُهُ: ومُراعاةِ وقتِ الطَّلاقِ في حقِّها) بيانُهُ: أنَّ الموطوءة طلاقُها في الحيض بِدْعيٌّ فلا يَحِلُّ، بل يُطلِّقُها واحدةً في طُهْرٍ لا وطءَ فيه ـ وهو أحسنُ ـ أو ثلاثاً مُتفرِّقةً في ثلاثةِ أطهارٍ لا وطءَ فيها ـ وهو حسنٌ ـ بخلافِ غيرِ الموطوءة، فإنَّ طلاقَها واحدةٌ ـ ولو في الحيضِ ـ حَسَنٌ، وإذا كانت المُختلَى بها كالموطوءةِ تَوَقَّتَ طلاقُها بالطُّهرِ، فلا يَحِلُّ في مُدَّةِ الحيض، فافهم.

[١٢٠١٤] (قولُهُ: وكذا في وقوعِ طلاقٍ بائنٍ آخرَ إلخ) في "البزَّازيَّة"[٢]: ((والمختارُ أنَّه يقعُ عليها طلاقٌ آخرُ في عِدَّةِ الخلوةِ، وقيل: لا)) اهـ.

وفي "الذَّخيرة": ((وأمَّا وقوعُ طلاقٍ آخرَ في هذه العِدَّةِ فقد قيل: لا يقعُ، وقيل: يقعُ، وهو أقربُ إلى الصَّواب؛ لأنَّ الأحكام لَمَّا اختلَفَتْ يجبُ القولُ بالوقوع احتياطاً. ثمَّ هذا الطَّلاقُ يكونُ رجعيّاً أو بائناً؟ ذكَرَ "شيخُ الإسلام": أنَّه يكونُ بائناً)) اهـ، ومثلُهُ في "الوهبانيَّة" و"شرحها"[٣].

والحاصلُ: أنَّه إذا خلا بها خلوةً صحيحةً ثمَّ طَلَّقَها طلقةً واحدةً فلا شبهةَ في وقوعِها، فإذا طَلَّقَها في العِدَّةِ طلقةً أخرى فمقتضى كونِها مُطلَّقةً قبل الدُّخولِ أنْ لا تقعَ عليها الثَّانية،

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٥.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ٤/١٤٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ق٨٥/ب، معزياً إلى "المحيط" و"الذخيرة".

كالغُسْلِ...

لكنْ لَمَّا اختلفت الأحكامُ في الخلوة في أنَّها تارةً تكونُ كالوطءِ وتارةً لا تكونُ جعلناها كالوطء في هذا، فقلنا بوقوعِ الثَّانيةِ احتياطاً لوجودِها في العِدَّةِ، والمُطلَّقةُ قبل الدُّخولِ لا يَلحَقُها طلاقٌ آخر إذا لم تكن مُعتدَّةً بخلاف هذه.

٣٤١/٢ **والظاهر:** أنَّ وجهَ كون الطَّلاقِ الثَّاني بائناً هو الاحتياطُ أيضاً، [٣/ق١٩٥أ] ولم يتعرَّضُوا للطَّلاقِ الأوَّلِ، وأفادَ "الرَّحميُّ": ((أنَّه بائنٌ أيضاً؛ لأنَّه طلاقٌ قبل الدُّخولِ غيرُ مُوجِبٍ للعِدَّة؛ لأنَّ العِدَّة إنما وَجَبَتْ لِجَعْلِنا الخلوةَ كالوطءِ احتياطاً، فإنَّ الظَّاهر وجودُ الوطءِ في الخلوةِ الصَّحيحةِ، ولأنَّ الرَّجعة حقُّ الزَّوجِ، وإقرارُهُ بأنَّه طَلَّقَ قبل الوطءِ يَنفُذُ عليه فيقعُ بائناً وإذا كان الأوَّل لا تَعقُبُه الرَّجعةُ يَلزَمُ كونُ الثَّاني مثلَهُ)) اهـ.

ويشيرُ إلى هذا قولُ "الشَّارح": ((طلاق بائنٍ آخرَ))، فإنَّه يفيدُ أنَّ الأوَّلَ بائنٌ أيضاً، ويدلُّ عليه ما يأتي[1] قريباً من أنَّه لا رجعةَ بعدَهُ، وسيأتي[2] التَّصريحُ به في باب الرَّجعة، وقد علمتَ مما قرَّرناه أنَّ المذكور في "الذَّخيرة" هو الطَّلاقُ الثَّاني دون الأوَّلِ، فافهم.

ثمَّ ظاهرُ إطلاقِهم وقوعُ البائن أوَّلاً وثانياً وإنْ كان بصريحِ الطَّلاق، وطلاقُ الموطوءة ليس كذلك، فيُخالِفُ الخلوةَ الوطءُ في ذلك، وأجاب "ح"[3]: ((بأنَّ المراد التَّشبيهُ من بعضِ الوجوهِ، وهو أنَّ في كلٍّ منهما وقوعَ طلاقٍ بعد آخرَ)) اهـ.

وأمَّا الجوابُ ـ بأنَّ البائن قد يَلحَقُ البائنَ في الموطوءة ـ فلا يَدفَعُ المخالفةَ المذكورةَ، فافهم.

[١٢٠١٥] (قولُهُ: كالغُسلِ) أي: لا يجبُ الغُسلُ على واحدٍ منهما بمجرَّدِ الخلوةِ بخلاف الوطء.

---

(١) المقولة [١٢٠١٩] قوله: ((والرجعة)).

(٢) المقولة [١٤٢٢٥] قوله: ((إن لم يطلق بائناً)).

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

و(الإحصانِ، وحرمةِ البناتِ، وحِلِّها للأوَّلِ،...........

[١٢٠١٦] (قولُهُ: والإحصانِ) فلو زَنَى بعد الخلوةِ الصَّحيحةِ لا يَلزَمُهُ الرَّجْمُ لفقْدِ شرطِ الإحصان وهو الوطءُ، قال في "عقد الفرائد"[١]: ((وهذا إنْ لم يُفهَمْ أنَّه خاصٌّ بالرَّجُل))، فهو ساكتٌ عن ثُبوتِ الإحصانِ لها بذلك، والذي يظهرُ لي: أنَّه لا فرقَ بينه وبينها فيه، ولم أَقِفْ على نقلٍ فيه صريحٍ، والله أعلم.

قلت: في "البحر"[٢]: ((ولم يُقيموها مُقامَ الوطءِ في حقِّ الإحصانِ إنْ تصادَقَا على عدمِ الدُّخول، وإنْ أقَرَّا به لَزِمَهما حكمُهُ، وإنْ أقَرَّ به أحدُهما صُدِّقَ في حقِّ نفسِهِ دون صاحبِهِ كما في "المبسوط"[٣])) اهـ.

[١٢٠١٧] (قولُهُ: وحرمةِ البناتِ) أي: لم يُقيموا الخلوةَ مُقامَ الوطءِ في ذلك، فلو خلا بزوجتِهِ بدونِ وطءٍ ولا مَسٍّ بشهوةٍ لم تَحرُم عليه بناتُها بخلافِ الوطءِ، والكلامُ في الخلوةِ الصَّحيحة كما صرَّحَ به في "التَّبيين"[٤] و"الفتح"[٥] وغيرِهما، فما حرَّرَهُ في "عقد الفرائد"[٦] ممَّا حاصلُهُ: ((أنَّ حرمة البناتِ بالخلوةِ الصَّحيحةِ لا خلافَ فيها بين "الصَّاحبين" والخلافُ في الفاسدة، قال "الثَّاني": تُحرِّمُ، وقال "محمَّدٌ": لا تُحرِّمُ))، فهو ضعيفٌ، وما ادَّعاهُ من عدمِ الخلاف ممنوعٌ كما بسَطَهُ في "النَّهر"[٧].

[١٢٠١٨] (قولُهُ: وحِلِّها للأوَّلِ) أي: لا تَحِلُّ مُطلَّقةُ الثَّلاثِ للزَّوجِ الأوَّلِ بمجرَّدِ خلوةِ الثَّاني، بل لا [٣/ق٩٥/ب] بدَّ من وطئِهِ لحديثِ العُسَيلة[٨].

---

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ق٨٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٥/٣.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الإحصان ١٥٠/٥.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٤٤/٢.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٩/٣.

(٦) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ق٨٥/أ ـ ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٠/ب.

(٨) تقدم تخريجه صـ١٧ـ.

والرَّجعةِ، والميراثِ) وتزويجِها كالأبكارِ على المختارِ وغيرِ ذلك، كما نظَمَهُ صاحب "النَّهر"[(١)] فقال: [بسيط]..............................

[١٢٠١٩] (قولُهُ: والرَّجعةِ) أي: لا يصيرُ مُراجعاً بالخلوةِ، ولا رجعةَ له بعدَ الطَّلاقِ الصَّريحِ بعد الخلوة، "بحر"[(٢)]، أي: لوقوعِ الطَّلاق بائناً كما قدَّمناه[(٣)].

[١٢٠٢٠] (قولُهُ: والميراثِ) أي: لو طَلَّقَها وماتَ وهي في عِدَّةِ الخلوةِ لا تَرِثُ، "بزَّازيَّة"[(٤)]. ومثلُهُ في "البحر"[(٥)] عن "المجتبى"، وحكى "ابنُ الشِّحنة" في "عقد الفرائد"[(٦)] قولاً آخرَ: ((أنَّها تَرِثُ وإنْ تصادَقَا على عدمِ الدُّخولِ بعد الخلوة))، قال "الرَّحمتيُّ": ((وعلى هذا ـ أي: ما في "الشَّرح" ـ لو طَلَّقَها في مرضِهِ بعد الخلوةِ الصَّحيحةِ قبل الوطءِ ومات في عِدَّتِها لا تَرِثُ، وبه جزَمَ "الطَّواقيُّ"[(٧)] فيما كتَبَهُ على هذا "الشَّرح"، وأقرَّهُ عليه تلميذُهُ "حامد أفندي" العماديُّ[(٨)] مُفتي دمشق)) اهـ.

[١٢٠٢١] (قولُهُ: وتزويجِها كالأبكارِ) كان عليه أنْ يقول: كالثَّيِّباتِ لِيُوافِقَ ما قبلَهُ من المعطوفاتِ، فإنَّها من خواصِّ الوطءِ دونَ الخلوة، فالمعنى: أنَّها ليست كالوطءِ في تزويجِها كالثَّيِّبات، بل تُزوَّجُ كالأبكارِ، أفادَهُ "ط"[(٩)].

[١٢٠٢٢] (قولُهُ: على المختارِ) وما في "المجتبى": ((من أنَّها تُزوَّجُ كما تُزوَّجُ الثَّيِّبُ)) ضعيفٌ كما في "البحر"[(١٠)].

[١٢٠٢٣] (قولُهُ: وغيرِ ذلك) أي: غيرِ السَّبعةِ المذكورةِ من زيادةِ أربعةٍ أُخَرَ في النَّظم

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٠/أ ـ ب.
(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٦/٣.
(٣) المقولة [١٢٠١٤] قوله: ((وكذا في وقوع طلاق بائن آخر إلخ)).
(٤) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ١٤٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").
(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٦/٣.
(٦) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ق٨٥/ب، معزياً إلى "الجمع والتفاريق".
(٧) تقدمت ترجمته ١٤١/١.
(٨) حامد بن علي بن إبراهيم المعروف بالعمادي الدمشقي (ت١١٧١هـ). ("سلك الدرر" ١١/٢، "هدية العارفين" ٢٦١/١).
(٩) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٥/٢.
(١٠) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٦/٣.

وخلوة الزَّوجِ مثلُ الوطءِ في صُوَرٍ   وغـيرُهُ وبهـذا العِقْـدِ تحصيـلُ
تكميلُ مهرٍ وإعدادٌ كـذا نَسَبٌ   إنفاقُ سُكْنى ومَنْعُ الأختِ مقبولُ
وأربعٍ وكذا قـالوا الإمـا ولقـد   راعَوْا زمانَ.....................

المذكور، وهي: ((سقوطُ الوطءِ، والفَيْءُ، والتَّكفيرُ، وعدمُ فساد العبادة))، وبقي مسألتان أيضاً لم يَذكُرهما لعدم تسليمِهما، وهما أنَّ الخلوة لا تكونُ إجازةً للنِّكاحِ الموقوفِ عند بعضهم، وأنَّ المرأة لا تَمنَعُ نفسَها للمهر بعدها عندهما، أمَّا عند "أبي حنيفة" فلها المنعُ بعد حقيقةِ الوطء كما أفادَهُ في "البحر"[١]، وزاد في "الوهبانيَّة"[٢] أيضاً بقاءَ عُنَّةِ العِنِّين، ويمكنُ دخولُها في النَّظْم كما يأتي[٣].

[١٢٠٢٤] (قولُهُ: وغيرُهُ) بالرَّفع عطفاً على ((مثلُ))، والضَّميرُ للوطءِ، "ح"[٤]، أي: ومُغايرةٌ للوطءِ في إحدى عشرةَ مسألةً.

[١٢٠٢٥] (قولُهُ: وبهذا العِقْدِ تحصيلُ) جملةٌ مِن مبتدأٍ وخبرٍ، و((العِقْدِ)) بكسرِ العين، شَبَّهَ الشِّعرَ المنظومَ بعِقْدِ الدُّرِّ المنظوم.

[١٢٠٢٦] (قولُهُ: تكميلُ مهرٍ إلخ) بيانٌ لصُوَرِ المماثلة.

[١٢٠٢٧] (قولُهُ: وإعدادٍ) بالكسر، والمرادُ به العِدَّة.

[١٢٠٢٨] (قولُهُ: وأربعٍ) بالجرِّ عطفاً على ((الأختِ)).

[١٢٠٢٩] (قولُهُ: الإما) جمعُ أَمَةٍ، وقَصَرَهُ للضَّرورة، ولو أسقَطَ لامَ ((ولقد)) استغنى عن قَصْرِهِ.

(قولُهُ: وأنَّ المرأةَ لا تَمنعُ نفسَها إلخ) الأصوبُ حذفُ ((لا))[٥] النَّافية حتَّى يستقيمَ الكلامُ، تأمَّل.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٦٦.

(٢) انظر "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب النكاح ق٨٤/ب.

(٣) المقولة [١٢٠٣٨] قوله: ((ما فسدت عبادة)).

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٥) **نقول:** بل الصواب إثبات (لا) لا حذفها؛ لأنَّ قول الصاحبين صريحٌ في أنَّه ليس للمرأة أن تمنع نفسها للمهرِ بعدما خلا بها برضاها، وهي كبيرة خلافاً لأبي حنيفة القائل: بأن لها أن تمنع نفسها. انظر "البحر": ٣/١٦٦ و١٩١، وانظر المقولة: [١٢١٩٤].

.... فِراقٍ فيه ترحيلُ

وأوقَعُوا فيه تطليقاً إذا لَحِقَا وقيل: لا، والصَّوابُ الأوَّلُ القِيْلُ

أمَّا المُغايِرُ فالإحصانُ يا أَمَلِي ورَجْعةٌ وكذا التَّوريثُ معقولُ[1]

سقوطُ وطءٍ وإحلالٌ لها وكذا تحريمُ بنتٍ نكاحُ البِكْرِ مبذولُ

[١٢٠٣٠] (قولُهُ: فِراقٍ فيه تَرْحيلُ) المرادُ به الطَّلاق. اهـ "ح"[2]. وأمَّا التَّرحيلُ فهو مِن تَرَحَّلَ القومُ عن المكان: انتَقَلُوا، أي: طلاقٌ فيه نَقْلُ الزَّوجةِ من بيتِهِ أو مِن عِصْمتِهِ، فافهم.

[١٢٠٣١] (قولُهُ: وأَوقَعُوا فيه) أي: في الإعدادِ بمعنى العِدَّة. اهـ "ح"[3]. فالضَّميرُ عائدٌ على مذكورٍ، وهو الإعدادُ [٣/ق٩٦/أ] المذكورُ في البيت الثَّاني، فافهم.

[١٢٠٣٢] (قولُهُ: إذا لَحِقا) الضَّميرُ للتَّطليقِ والألفُ للإطلاق. اهـ "ح"[4]. والمرادُ بلَحاقِهِ وقوعُهُ في العِدَّةِ بعدَ طلاقٍ سابقٍ عليه.

[١٢٠٣٣] (قولُهُ: القِيْلُ) بدلٌ من ((الأوَّلُ))، "ح"[5].

٣٤٢/٢ [١٢٠٣٤] (قولُهُ: ورَجْعةٌ) أي: في صورتين كما قدَّمناه[6] في قولِهِ: ((والرَّجعةِ)).

[١٢٠٣٥] (قولُهُ: سُقُوطُ وطءٍ) أي: ما يَلزَمُهُ فيه الوطءُ لا يَسقُطُ بالخلوةِ، فحقُّ الزَّوجةِ في القضاءِ الوطءُ مرَّةً واحدةً، ولا يسقُطُ عنه بالخلوةِ، وكذا العِنِّينُ إذا اختَلَى بها لا يَسقُطُ عنه الوطءُ بها، فللزَّوجةِ طلبُ التَّفريقِ، وعلى هذا الحَلِّ يُستغنَى عن ذكرِ بقاءِ العُنَّةِ المذكورِ في "الوهبانيَّة"، لكنْ يُستغنَى به أيضاً عن ذكرِ الفَيْءِ الآتي، فكان الأَولى ذكرَهما معاً أو إسقاطَهما معاً، تأمَّل.

---

(١) عبارة "النهر": ((مقبول)) بدل((معقول)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٦) المقولة [١٢٠١٩] قوله: ((والرجعة)).

كذلك الفَيْءُ والتَّكفيرُ ما فَسَدَتْ عبادةٌ وكذا بالغُسلِ تكميلُ

[١٢٠٣٦] (قولُهُ: كذلك الفيءُ) يعني: إنْ آلى منها ثمَّ وَطِئَها في المدَّةِ كان فيئاً، وإنْ خلا بها لا. اهـ "ح"(١).

[١٢٠٣٧] (قولُهُ: التَّكفيرُ) يعني: إنْ وَطِئَ في نهارِ رمضانَ فعليه الكفَّارةُ، وإنْ خلا بها لا. اهـ "ح"(٢).

وفي "النَّهر"(٣): ((وعَدُّ التَّكفيرِ هنا مما لا ينبغي؛ إذ الكلامُ في الخلوةِ الصَّحيحةِ، وصومُ الأداءِ يُفسِدُها كما مَرَّ))، "ط"(٤).

[١٢٠٣٨] (قولُهُ: ما فَسَدَتْ عِبادةٌ) ((ما)) نافيةٌ، يعني: إنْ وَطِئَها في عبادةٍ يُفسِدُها الوطءُ فسَدَتْ، وإنْ خلا بها لا. اهـ "ح"(٥).

ويَرِدُ عليه ما ورَدَ على سابقِهِ، فإنَّ ما يَفسُدُ بالوطءِ كالإحرامِ والصَّومِ والصَّلاةِ والاعتكافِ المنذورِ يُفسِدُ الخلوةَ، والكلامُ في الصَّحيحة، إلاَّ أنْ يُمثِّلَ بما لا يُفسِدُ الخلوةَ على أحدِ القولين كصومِ غيرِ الأداءِ وصلاةِ النَّافلة، تأمَّل.

والحاصلُ: أنَّه ينبغي إسقاطُ التَّكفيرِ وفسادِ العبادة، وزيادةُ فَقْدِ العُنَّةِ، فتصيرُ الأحكام التي خالَفَتِ الخلوةُ فيها الوطءَ عَشَرةً، وقد نظمتُها في بيتين مُقتصِراً عليها للعِلْم بأنَّ ما سواها لا يُخالِفُ فيها الخلوةُ الوطءَ، فقلت: [طويل]

وخلوتُهُ كالوطءِ في غيرِ عَشْرةٍ مُطالبةٍ بالوطءِ إحصانِ تَحْليلِ

وفَيْءٍ وإرثٍ رَجْعةٍ فَقْدِ عُنَّةٍ وتحريمِ بنتٍ عَقْدِ بِكْرٍ وتغسيلِ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٠/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٦.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(ولو افتَرَقا فقالت: بعد الدُّخول، وقال الزَّوجُ: قبل الدُّخول فالقولُ لها) لإنكارِها سقوطَ نصفِ المهر..

[١٢٠٣٩] (قولُهُ: فقالَتْ: بعدَ الدُّخولِ) يُطلَقُ الدُّخولُ على الوطءِ وعلى الخلوةِ المجرَّدةِ، والمتبادِرُ منه الأوَّلُ، والمرادُ هنا الاختلافُ في الخلوةِ مع الوطء، أو في الخلوةِ المجرَّدةِ لا في الوطءِ مع الاتِّفاقِ على الخلوة؛ لأنَّ الخلوة مُؤكِّدةٌ لتمامِ المهر، فلو كان الاختلافُ بينهما في الوطءِ مع الاتِّفاقِ على الخلوةِ لم تَظهَر ثمرةٌ للاختلاف.

[١٢٠٤٠] (قولُهُ: فالقولُ لها لإنكارِها سقوطَ نصفِ المهرِ) كذا في "القنية"[١] [٣/ق٩٦/ب] لـ"الزَّاهديِّ"، ونظَمَهُ "ابنُ وهبان"[٢]، وقال في "شرحِهِ": ((إنَّه تتبَّعَ هذا الفرعَ فما ظَفِرَ به، ولا وجَدَ ما يُناقِضُهُ، ووجهُهُ ماشٍ على القواعدِ؛ لأنَّ القولَ للمُنكِرِ)) اهـ.

قلت: رأيتُهُ في "حاوي الزَّاهديِّ" أيضاً، وحكَى فيه قولين، فذكَرَ ما مَرَّ[٣] معزيّاً إلى "المحيط"[٤] وكتابٍ آخر، ثمَّ عزا إلى "الأسرار": ((أنَّ القول قولُهُ؛ لأنَّه يُنكِرُ وجوبَ الزِّيادةِ على النِّصف)) اهـ.

ويظهرُ لي أرجحيَّةُ القولِ الأوَّلِ، ولذا جزَمَ به "المصنِّف"، وذلك أنَّ المهر يجبُ بنفسِ العَقْدِ، والدُّخولُ أو الموتُ مُؤكِّدٌ له، والطَّلاقُ قبلَهما مُنصِّفٌ له، فسببُ وجوبِ الكلِّ مُتحقِّقٌ، والمُنصِّفُ له عارضٌ، والمرأةُ تُنكِرُ ذلك العارضَ وتتمسَّكُ بالسَّببِ المحقَّقِ المُوجِبِ للكلِّ، ولذا تَثبُتُ لها المطالبةُ بتمامِ المهر قبل الدُّخول، ولا يعودُ نصفُ المهرِ المقبوضِ إلى ملكِهِ بالطَّلاق قبل الدُّخول إلاَّ بالقضاءِ أو الرِّضا، ولا يَنفُذُ تصرُّفُه فيه قبلَ ذلك، ويَنفُذُ تصرُّفُ المرأةِ فيه، والزَّوجُ وإنْ أنكرَ الزِّيادةَ على النِّصفِ لكنَّه مُقِرٌّ بسببِها، كما لو أَقَرَّ بالغَصْب وادَّعى الرَّدَّ وكذَّبَهُ المالكُ، فدَعْواهُ الرَّدَّ إنكارٌ للضَّمان بعدَ الإقرارِ بسببِهِ فلا يُقبَلُ، تأمَّل.

(١) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في المهور ق٣٥/أ.

(٢) "الوهبانية": فصل من كتاب النكاح صـ٢٣ـ (هامش "المنظومة المحبية").

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل العشرون في الخصومات الواقعة بين الزوجين ١/ق ٢١٧/ب بتصرف.

وإنْ أنكرَ[1] الوطءَ، ولو لم تُمكِّنْهُ في الخلوةِ فإنْ بِكْراً صحَّتْ وإلاَّ لا؛ لأنَّ البِكْرَ إنما تُوطَأُ كَرْهاً كما بَحَثَهُ "الطَّرَسوسيُّ"، وأقرَّهُ "المصنِّفُ"[2].

(ولو قال: إنْ خَلَوتُ بكِ فأنتِ طالقٌ فخلا بها طَلُقَتْ)..................

[١٢٠٤١] (قولُهُ: وإنْ أنكرَ الوطءَ) كذا في كثيرٍ من النُّسخِ، وكان المناسبُ أنْ يقول: ((وإنْ أنكرَ الدُّخولَ))؛ لِما قرَّرناهُ من أنَّ الاختلاف بينهما ليس في الوطءِ مع الاتِّفاقِ على الخلوةِ، وليكونَ إشارةً إلى رَدِّ ما قالَهُ في "الأسرار"، أي: أنَّ إنكارَهُ لا يُعتبَرُ؛ لأنَّه في الحقيقةِ مُدَّعٍ لسقوطِ النِّصفِ بالعارِضِ على السَّببِ المُوجِبِ للكلِّ، فكان إنكارُها هو المعتبرَ، وفي بعض النُّسخ: ((وإنْ أنكرَتْ)) بالتاء، والمعنى: أنَّ القول لها وإنْ أنكرَتْ أنَّه لم يَطَأْها في هذا الدُّخول الذي ادَّعَتْهُ، لكنَّ الأَولى أنْ يقول: ((وإن اعترَفَتْ بعدمِ الوطءِ))؛ لأنهُ لم يَدَّعِ الوطءَ حتَّى يُقابَلَ بإنكارِها له.

[١٢٠٤٢] (قولُهُ: إنما تُوطَأُ كَرْهاً) لأنَّها تستحي بالطَّبع، فلم تكن بالامتناع مُختارةً لعدم تأكُّدِ المهرِ بخلاف الثَّيِّب؛ لأنَّ امتناعَها يدلُّ على اختيارِها لعدمِ تأكُّدِ المهر.

[١٢٠٤٣] (قولُهُ: كما بحَثَهُ "الطَّرسوسيُّ") أي: في "أنفع الوسائل"، والبحثُ في التَّفصيلِ المذكورِ، فإنَّ "الطَّرسوسيَّ" نقَلَ أوَّلاً عن "الذَّخيرة": ((إذا خلا بها و لم تُمكِّنْهُ من نفسِها اختلَفَ المتأخِّرون فيه))، قال: ((وفي طلاقِ "النَّوازل": عليه نصفُ المهر))، ثمَّ ذكَرَ هذا التَّفصيلَ وقال: ((قلتُهُ على وجهِ التَّفقُّهِ، و لم أَظفَرْ فيه بنقلٍ))، والظَّاهرُ: أنَّه أرادَ به التَّوفيقَ بين القولين، وذكَرَ أيضاً: ((أنَّ هذا إذا صدَّقَتْهُ في ذلك، فلو كذَّبَتْهُ فالقولُ[3] قولها [٣/ق٩٧/أ] بيَمينِها؛ لأنَّها مُنكِرةٌ)).

[١٢٠٤٤] (قولُهُ: وأقرَّهُ "المصنِّفُ") أي: تَبَعاً لشيخِهِ صاحبِ "البحر"[4].

[١٢٠٤٥] (قولُهُ: فخلا بها) أي: خلوةً صحيحةً؛ لأنَّها المتبادِرُ من لفظِ الخلوةِ. اهـ "ح"[5]،

---

(١) في "د": ((أنكرت)).

(٢) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٥/أ.

(٣) ((فالقول)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٥/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

بائناً؛ لوجودِ الشَّرطِ (ووجَبَ نصفُ المهرِ) ولا عِدَّةَ عليها، "بزَّازيَّة"............

أي: في قولِ الحالف: ((إنْ خلَوتُ بكِ))، فيُرادُ بها: الخاليةُ عمَّا يَمنَعُها أو يُفسِدُها ممَّا مَرَّ[1]، والمرادُ ما يُفسِدُها من غيرِ التَّعليق؛ لِما مَرَّ[2] عن "البحر": ((من أنَّ هذا التَّعليقَ مُفسِدٌ لها))، فهو نظيرُ قولِهم: الخلوةُ الصَّحيحةُ في النِّكاحِ الفاسدِ كالخلوةِ الفاسدة في النِّكاحِ الصَّحيح، مع أنَّها في النِّكاحِ الفاسدِ فاسدةٌ كما ذكرَهُ في "البحر"[3]، فالمرادُ بالصَّحيحةِ فيه: الخاليةُ عمَّا يُفسِدُها سوى فسادِ النِّكاح، فافهم. ٢/٣٤٣

[١٢٠٤٦] (قولُهُ: بائناً) لتصريحِهم بأنَّ الطَّلاقَ الواقعَ بعد الخلوةِ الصَّحيحةِ يكونُ بائناً، "منح"[4]، أي: فهنا أَولى لعدم صحَّتِها، فإنَّها لا تُماثِلُ الوطءَ إلاَّ في وجوب العِدَّة، "ط"[5].

[١٢٠٤٧] (قولُهُ: لوجودِ الشَّرطِ) علَّةٌ لـ((طَلُقَتْ))، وأمَّا علَّةُ كونِهِ بائناً فهي ما قدَّمناه[6] عن "المنح"، أفادَهُ "ح"[7].

[١٢٠٤٨] (قولُهُ: ووجَبَ نصفُ المهرِ) في بعضِ النسخ بعد هذا زيادةٌ، وهي: ((لعدمِ الخلوةِ المُمكِّنةِ من الوطء)) اهـ، أي: لأنَّها بانَتْ بمجرَّدِ الخلوةِ، فكان غيرَ مُتمكِّنٍ من الوطءِ شرعاً.

[١٢٠٤٩] (قولُهُ: ولا عِدَّةَ عليها) قال في "البحر"[8]: ((وسيأتي وجوبُها في الخلوةِ الفاسدة على الصَّحيح، فتجبُ العِدَّةُ في هذه الصُّورةِ احتياطاً)) اهـ.

واعترضَهُ "الخيرُ الرَّمليُّ" بقوله: ((كيف القطعُ بوجوبِها مع مُصادَمتِهِ للنَّقلِ؟! على أنَّ هذه

---

(١) "در" صـ٣٨٧ـ وما بعدها.

(٢) المقولة [١١٩٨٩] قوله: ((وبقي إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨١/٣ نقلاً عن "الجوهرة".

(٤) "المنح": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/ق ١٢٥/أ بتصرف.

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٥٦/٢.

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/أ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٤/٣.

(وتجبُ العِدَّةُ..

مُطلَّقةٌ قبلَ الدُّخولِ، فهي أجنبيَّةٌ، والخلوةُ بالأجنبيَّةِ لا تُوجبُ العِـدَّةَ، فليسـت مـن قِسْـمِ الخلـوةِ الصَّحيحةِ ولا الفاسدةِ، فتأمَّلْ، وانظر إلى قولهم: إنما تُقامُ مُقامَ الوطءِ إذا تحقَّقَ التَّسليمُ)) اهـ.

أقول: التَّسليمُ منها موجودٌ، ولكنْ عاقَـهُ مـانعٌ مـن جِهَتِـهِ وهـو التَّعليـقُ كـالعِنِّين، وكمـا لو دخَلَ عليها فأحرَمَ بالحجِّ أو بالصَّلاةِ، وكونُها خلوةً بأجنبيَّةٍ ممنوعٌ؛ لأنَّ الخلوة شرطُ الطَّلاق، وإنما يقعُ بعد وجودِ شرطِهِ كما لو قال لأجنبيَّةٍ: إنْ تَزَوَّجتُكِ فأنتِ طالقٌ، فوقوعُ الطَّـلاقِ دليـلُ تحقُّقِ الخلوةِ؛ إذ لولاها لم يقع، غير أنَّه وُجِدَ بعد تحقُّقِها مانعٌ من جِهَتِهِ كما ذكرنا، وتصريحُهـم بوجوبِ العِدَّةِ بالخلوةِ الفاسدةِ على الصَّحيحِ شاملٌ لهذه الصُّورة، فقولُ "البزَّازيَّة"[1]: ((لا عِـدَّةَ عليها)) مبنيٌّ على خلافِ الصَّحيح، فهو مُصادَمةُ نقلٍ بنقلٍ أصحَّ منه، فافهم.

[١٢٠٥٠] (قولُـهُ: وتجـبُ العِـدَّةُ) ظـاهرُهُ الوجـوبُ قضـاءً وديانـةً، وفي "الفتـح"[2]: ((قـال "العتَّابيُّ": تكلَّـمَ [٣/ق٩٧/ب] مشـايخُنا في العِدَّةِ الواجبـةِ بـالخلوة الصَّحيحـة أنَّهـا واجبـةٌ ظـاهراً أو حقيقةً؟ فقيل: لو تَزَوَّجَتْ وهي مُتيقِّنةٌ بعدم الدُّخولِ حَلَّ لها ديانةً لا قضاءً)).

(قولُهُ: وتصريحُهُم بوُجُوب العِدَّةِ بالخَلْوة إلخ) فيه: أنَّ تصريحَهُـم بمـا ذُكِـرَ لا ينـافي فـرْعَ "البزَّازيَّـة" لعدم شُمُولِه له؛ فإنَّه في خَلْوةٍ لم تتَّصِفْ بالصِّحَّة أصلاً بل اتَّصفـتْ بالفسـاد مـن ابتداءِ وُجُودِهـا، وفَـرْعُ "البَزَّازيَّـة": وُجدت الخَلْوةُ فيه صحيحةً ثمَّ فَسَدتْ، ومعنى قوْلِ "البحر": ((أنَّ هذا التَّعليقَ مُفسِدٌ لها)) أنَّه مُفسِدٌ لها بقاءً بعد تحقُّقِ صحَّتِها وإلاَّ لم يقع الطَّلاقُ، فلم يُوجَد ما يُصادِمُ نقْلَها فعلينا اتِّباعُه حيثُ لم يُوجَد ما يُخالِفُه، تأمَّل.

(قولُهُ: فقيل: لو تزوَّجتْ وهي مُتيقِّنةٌ إلخ) قال "سعدي جلَبي" في "حواشي البيضـاويِّ": ((ينبغـي أن يكونَ التَّعويلُ على هذا القَوْلِ، ثمَّ لا يَخفى أنَّ عدمَ وُجُـوبِ العِدَّةِ في الطَّـلاق بعـد الخَلْـوة ممَّـا يُعـدُّ مَنْطُوقاً صريحاً في الآية إذا فُسِّرَ المَسُّ بالجِماع، وليس من باب المَفْهوم حتَّى يقالُ: إنَّـا لا نقـولُ بـه كمـا يُتوهَّمُ فلابُدَّ لإثبات وُجُوبِ العِدَّةِ من دليلٍ، قال في "رُوح المعاني" ـ من سورة الأحزاب بعدما تقدَّم ـــ: ((وبالجملة القَوْلُ: بأنَّ ظاهرَ الآية يقتضي عدمَ وُجُوبِ العِدَّة بمجرَّد الخَلْوةِ قولٌ متينٌ، وحقٌّ مبينٌ)) اهـ.

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ مسائل الخلوة ١٤٢/٤.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٩/٣.

في الكلِّ) أي: كلِّ أنواعِ الخلوةِ ولو فاسدةً (احتياطاً) أي: استحساناً لتوهُّمِ الشُّغْل (وقيل) ـ قائلُهُ "القدوريُّ"، واختارَهُ "التمرتاشيُّ" و"قاضي خان"[1] ـ: (إنْ كان المانعُ شرعيّاً) كصومٍ (تجبُ) العِدَّةُ (وإنْ) كان (حسيّاً[2]) كصِغَرٍ ومَرَضٍ مُدْنِفٍ (لا) تجبُ، والمذهبُ الأوَّلُ؛.......................................

[١٢٠٥١] (قولُهُ: في الكلِّ إلخ) هذا في النّكاح الصَّحيح، أمَّا النّكاحُ الفاسدُ لا تجبُ العِدَّةُ في الخلوةِ فيه بل بحقيقةِ الدُّخول، "فتح"[3].

[١٢٠٥٢] (قولُهُ: لتَوَهُّمِ الشُّغْلِ) أي: شُغْلِ الرَّحِمِ نظراً إلى التَّمكُّنِ الحقيقيِّ، وكذا في المجبوبِ لقيام احتمالِ الشُّغْلِ بالسَّحْقِ، وهي حقُّ الشَّرعِ وحقُّ الولد، ولذا لا تَسقُطُ لو أسقطاها، ولا يَحِلُّ لها الخروجُ ولو أَذِنَ لها الزَّوجُ، وتتداخلُ العِدَّتان، ولا يَتَداخَلُ حقُّ العبدِ، "فتح"[4]، وتمامُهُ في "المعراج".

[١٢٠٥٣] (قولُهُ: واختارَهُ "التمرتاشيُّ" إلخ) وجزَمَ بهِ في "البدائع"[5]، قال في "الفتح"[6]: ((ويُؤَيِّدُهُ ما ذكرَهُ "العتَّابيُّ")).

[١٢٠٥٤] (قولُهُ: تَجبُ العِدَّةُ) لثُبوتِ التَّمكُّنِ حقيقةً، "فتح"[7].

[١٢٠٥٥] (قولُهُ: كصِغَرٍ ومَرَضٍ مُدنِفٍ) قال في "الفتح"[8]: ((الأوجهُ على هذا القولِ أنْ يُخَصَّ الصِّغَرُ بغيرِ القادر والمرضُ بالمُدنِفِ؛ لثُبوتِ التّمكُّنِ حقيقةً في غيرِهما)) اهـ.

---

(١) "الخانية": كتاب الطلاق ـ باب العدة ٥٤٩/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "د": ((حقيقياً)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٩/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٩/٣.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يتأكد به المهر ٢٩٤/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٩/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٩/٣.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١٩/٣.

لأنَّه نَصُّ "محمَّدٍ"، قاله "المصنِّفُ". وفي "المجتبى": ((الموتُ أيضاً كالوطءِ في حقِّ العِدَّةِ والمهرِ فقط، حتَّى لو ماتت الأمُّ قبل دخولِهِ[1] بها حلَّتْ بنتُها))............

قلت: ونَصَّ على التَّقييدِ بالمُدنِفِ في "جامع الفصولين"[2]، وفي "القاموس"[3]: ((دنِفَ المريضُ كفَرِحَ: ثَقُلَ)).

[١٢٠٥٦] (قولُهُ: لأنَّه نَصُّ "محمَّدٍ") أي: في كتابِهِ "الجامع الصَّغير"[4] الذي رَوَى مسائلَهُ عن "أبي يوسف" عن "الإمام" صاحبِ المذهب.

[١٢٠٥٧] (قولُهُ: قالَهُ "المصنِّفُ"[5]) أي: تبعاً لشيخِهِ في "البحر"[6]، وأقرَّهُ في "النَّهر"[7] و"الشُّرنبلاليَّة"[8].

[١٢٠٥٨] (قولُهُ: الموتُ أيضاً) أي: كما أنَّ الخلوةَ كالوطءِ فيهما، والمرادُ الموتُ قبل الدُّخول، أي: موتُ الرَّجُلِ بالنِّسبةِ للعِدَّةِ، وموتُ أيِّهما كان بالنِّسبةِ للمهر كما أفادَهُ "ح"[9].

[١٢٠٥٩] (قولُهُ: في حقِّ العِدَّةِ والمهرِ) أي: إذا ماتَ عنها لَزِمَها عِدَّةُ الوفاةِ، واستَحَقَّتْ جميعَ المهرِ كالموطوءة.

[١٢٠٦٠] (قولُهُ: فقط) هو معنى قولِ "المجتبى": ((وفيما سواهما كالعَدَمِ)).

قلت: ولا يقالُ: إنَّه يُعطَى حكمَهُ أيضاً في الإرث؛ لأنَّ الإرث من أحكامِ العَقْدِ، فلذا تحقَّقَ قبلَ الخلوةِ التي هي دونَ الوطءِ، فافهم.

[١٢٠٦١] (قولُهُ: حَلَّتْ بنتُها) أي: كما تَحِلُّ بعد الخلوةِ الصَّحيحةِ، فلا تَحرُمُ إلاَّ بحقيقةِ

---

(١) في "و": ((دخول)).
(٢) "جامع الفصولين": الفصل العشرون في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٧٠/١.
(٣) "القاموس": مادة ((دنف)).
(٤) "الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب في المهور صـ١٨٦ـ١٨٧ـ.
(٥) "المنح": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/ق ١٢٥/أ.
(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦٦/٣.
(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/أ.
(٨) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٤/١.
(٩) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب.

(قَبَضَتْ ألفَ المهرِ، فوَهَبَتْهُ له وطُلِّقَتْ قبل وطءٍ رجَعَ) عليها (بنصفِهِ) لعدمِ تعيُّنِ النُّقودِ في العقود (وإنْ لم تقبضْهُ........................

الوطءِ على ما مَرَّ[١].

[١٢٠٦٢] (قولُهُ: فوَهَبَتْهُ له) ذكَّرَ الضَّميرَ لأنَّ ((الألْفَ)) مُذكَّرٌ لا يجوزُ تأنيثُهُ كما في "ط"[٢] عن "المصباح"[٣]، وكذا لو وَهَبَتْ نصفَهُ، "فتح"[٤].

[١٢٠٦٣] (قولُهُ: قبلَ وطءٍ) أي: وخلوةٍ، "نهر"[٥]. وهي وطءٌ حكماً كما مَرَّ[٦].

[١٢٠٦٤] (قولُهُ: لعدمِ تَعيُّنِ النُّقودِ في العُقُودِ) ولذا لو أشارَ في النِّكاح إلى دراهمَ كان له أنْ يُمسِكَها ويَدفَعَ مثلَها جنساً ونوعاً وقَدْراً وصفةً، ولو لم تَهَبْ شيئاً وطُلِّقَتْ قبل الدُّخول [٣/ق٩٨/أ] كان لها إمساكُ المقبوضِ ودفعُ غيره، ولذا تُزكِّي الكلَّ، وتمامُهُ في "النَّهر"[٧].

والحاصلُ: أنَّه لم يَصِلْ إليه بالهبةِ عَيْنُ ما يَستحِقُّهُ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ وهو نصفُ المهر، "منح"[٨].

(قولُ "الشَّارح": لعدم تعيُّن النُّقُودِ في العُقُود) قال "الزَّيلعيُّ": ((لأنَّ الدَّراهم قد لا تتعيَّنُ في العَقْد فكذا في الفَسْخِ؛ لأنَّ الفَسْخَ يَرِدُ على عينِ ما ورَدَ عليه العَقْدُ، وكذا إذا كان المهْرُ مَكِيلاً أو مَوزُوناً آخَرَ في الذِّمَّة؛ لعدم تعيُّنها)) اهـ.

---

(١) المقولة [١١٢٦٣] قوله: ((بنت زوجته الموطوءة)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٧.

(٣) "المصباح": مادة ((أَلِفَ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٢٦.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب.

(٦) المقولة [١١٩٣٩] قوله: ((أنه وطئ الزوج)).

(٧) انظر "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب.

(٨) "المنح": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/ق ١٢٥/أ بتصرف.

أو قَبَضَتْ نصفَهُ فوَهَبَتْهُ[١] الكلَّ) في الصُّورةِ الأولى (أو ما بقي) وهو النِّصفُ في الثانيةِ (أو) وَهَبَتْ[٢] (عَرْضَ المهرِ) كثوبٍ معيَّنٍ أو في الذِّمَّةِ (قبلَ القبضِ أو بعدَهُ لا) رجوعَ..

[١٢٠٦٥] (قولُهُ: أو قَبَضَتْ نصفَهُ) احترازٌ عمَّا لو قَبَضَتْ أكثرَ من النِّصفِ، فإنَّها[٣] تَرُدُّ عليه ما زادَ على النِّصفِ، بخلافِ ما لو قَبَضَتِ الأقلَّ ووَهَبَتْهُ الباقيَ، فهو معلومٌ بالأَولى، "بحر"[٤]، أي: لا يَرجِعُ عليها بشيءٍ.

[١٢٠٦٦] (قولُهُ: في الصُّورةِ الأُولى) الأنسبُ أن يقول: في الصُّورتين، فيكونُ قولُهُ: ((أو الباقيَ)) إشارةً إلى أنَّ هِبَةَ الألفِ ليس بقيدٍ في الثَّانيةِ كما نَصَّ عليه في "البحر"[٥]، قال في "النَّهر"[٦]: ((ومعنى هِبَةِ الألفِ بعدَ قبضِ النِّصف أنَّها وَهَبَتْ له المقبوضَ وغيرَهُ)).

[١٢٠٦٧] (قولُهُ: أو وَهَبَتْ عَرْضَ المهرِ) أشار إلى أنَّه لم يَتَعيَّبْ؛ إذ لو وَهَبَتْهُ بعدما تعيَّبَ فاحشاً يَرجِعُ بنصفِ قيمتِهِ يومَ قَبَضَتْ؛ لأنَّه صار كأنَّها وَهَبَتْهُ عَيناً أخرى، أمَّا العيبُ اليسيرُ فكالعدمِ لِما سيأتي أنَّه في المهرِ مُتحمَّلٌ. وقيَّدَ بالهبةِ لأنَّها لو باعَتْهُ منه يَرجِعُ بالنِّصف، أي: نصفِ قيمتِهِ لا نصفِ الثَّمنِ المدفوع فيما يَظهَرُ، ولو وَهَبَتْهُ أقلَّ من نصفِهِ تَرُدُّ ما زادَ على النِّصف، ولو وَهَبَتْهُ الأكثرَ أو النِّصفَ فلا رجوعَ له، "بحر"[٧]. ٣٤٤/٢

[١٢٠٦٨] (قولُهُ: أو في الذِّمَّةِ) أشار إلى أنَّه لا فَرْقَ بين العَرْضِ المعيَّنِ وغيرِهِ، وهو من خصوصِ النِّكاح، فإنَّ العَرْضَ فيه يَثبُتُ في الذِّمَّة؛ لأنَّ المال فيه ليس بمقصودٍ، فيُتسامَحُ

---

(١) في "د" و"و": ((فوهبت)).

(٢) في "ب": ((وهب)).

(٣) في "ب" و"م": ((فإنه)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٠/٣ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٠/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧١/٣ بتصرف.

لحصولِ المقصودِ..............................

فيه بخلافِ البيع، "بحر"(١).

[١٢٠٦٩] (قولُهُ: لحصولِ المقصودِ) لأنَّه وصَلَ إليه عَينُ ما يَستَحِقُّهُ بالطَّلاق قبل الدُّخول لتعيُّنِهِ في الفسخ كتَعَيُّنِهِ في العَقْدِ، بدليل أنَّه ليس لواحدٍ منهما دَفْعُ بدلِهِ، حتَّى لو تَعَيَّبَ فاحشاً فوَهَبَتْهُ له رجَعَ بنصفِ قيمتِهِ كما مرَّ(٢)، "نهر"(٣).

(تتمَّةٌ)

حكمُ الموزون غيرِ المعيَّنِ ـ وهو ما كان في الذِّمَّةِ ـ حكمُ النَّقْدِ، أمَّا المعيَّنُ منه فكالعَرْضِ، واختُلِفَ في التِّبْرِ والنُّقْرَةِ من الذَّهَبِ والفضَّة، ففي روايةٍ كالعَرْضِ، وفي أخرى كالمضروب، كذا في "البدائع"(٤)، "نهر"(٥).

(تنبيهٌ)

قال في "البحر"(٦): ((وقد ظهر لي أنَّ هذه المسألةَ على ستِّين وجهاً؛ لأنَّ المهر إمَّا ذَهَبٌ، أو فضَّةٌ، أو مِثْليٌّ غيرُهما، أو قِيْميٌّ، فالأوَّلُ على عشرين وجهاً؛ لأنَّ الموهوب إمَّا الكلُّ أو النِّصفُ، وكلٌّ منهما إمَّا أنْ يكونَ قبل القبض، أو بعدَهُ، أو بعدَ قبضِ النِّصف، أو أقلَّ منه، أو أكثرَ، فهي عشرةٌ، وكلٌّ منها إمَّا أنْ يكونَ مضروباً أو تِبْراً، فهي عشرون، والعشرةُ الأُولى في المِثْليِّ، وكلٌّ منها إمَّا أنْ يكونَ مُعيَّناً أوْ لا، وكذا في القِيْميِّ، والأحكامُ [٣/ق٩٨/ب] مذكورةٌ)) اهـ.

(قولُهُ: حُكْمُ الموزُونِ غيرِ المُعيَّنِ إلخ) عبارةُ "النهر": ((وحُكْمُ المَكِيلِ والمَوزُونِ غيرِ المُعيَّنِ إلخ)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧١/٣ بتصرف يسير.

(٢) المقولة [١٢٠٦٧] قوله: ((أو وهبت عَرْضَ المهر)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: ومنها أن لا يكون مجهولاً ٢٨٢/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨١/ب، وعبارته: ((حكم المكيل والموزون...)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧١/٣.

(نكَحَها بألفٍ على أنْ لا يُخرِجَها من البلدِ أو لا يتزوَّجَ عليها أو) نكَحَها (على ألفٍ إنْ أقامَ بها وعلى ألفين إنْ أخرَجَها فإنْ وَفَّى) بما شرَطَهُ في الصُّورةِ الأولى (وأقامَ) بها..

وتَبِعَهُ في "النَّهر"(١).

قلت: ويُزادُ مثلُها، فتصيرُ مائةً وعشرين بأن يقال: إنَّ الموهوبَ إمَّا الكلُّ، أو النِّصفُ، أو الأكثرُ من النِّصف، أو الأقلُّ، فهي أربعةٌ(٢) تُضرَبُ في الخمسةِ المارَّةِ تبلُغُ عشرين، وكلٌّ منها إمَّا أنْ يكونَ مضروباً أو تِبْراً فهي أربعون، وكذا في كلٍّ من المِثْليِّ والقِيْميِّ أربعون، وقد مَرَّ(٣) حكمُ هِبَةِ الأكثرِ من النِّصفِ أو الأقلِّ.

[١٢٠٧٠] (قولُهُ: فإنْ وَفَّى) بتشديدِ الفاء ماضي يُوفِّي تَوْفيةً، لا بالتَّخفيفِ مِن وَفَى يَفِي وفاءً بقرينةِ قوله: ((وإلاَّ يُوَفِّ))، أفادَهُ "ح"(٤).

[١٢٠٧١] (قولُهُ: وأقامَ بها) إنما ذكَرَ التَّوْفيةَ في الأُولى دون هذه لأنَّه في الأُولى جعَلَ المسمَّى مالاً وغيرَ مالٍ، وهو ما شرَطَهُ لها ووعَدَها به من عدمِ إخراجِها أو عدمِ التَّزوُّجِ عليها، أمَّا هنا فالمسمَّى مالٌ فقط، رَدَّدَ فيه بين القليل على تقديرٍ والكثيرِ على تقديرٍ كما أشار إليه "الشَّارحُ"، فليس هنا في المسمَّى وعدٌ بشيءٍ لِيُناسِبَهُ التَّعبيرُ بالتَّوفيةِ، يُوضِحُهُ أنَّه قد يُردِّدُ فيه بين كونها ثيِّباً أو بِكْراً كما يأتي(٥)، فافهم.

[١٢٠٧٢] (قولُهُ: الأُولى إلخ) ضابطُها أنْ يُسمِّيَ لها قَدْراً ومهرُ مثلِها أكثرُ منه، ويَشترِطَ

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/أ.

(٢) ((فهي أربعة)) ساقط من "آ".

(٣) المقولة [١٢٠٦٧] قوله: ((أو وهبت عَرْضَ المهر)).

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب.

(٥) "در" صـ٤٢٥ـ.

....

منفعةً لها أو لأبيها أو لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منها، وكانت المنفعةُ مُباحـةَ الانتفـاعِ مُتوقِّفـةً علـى فعـلِ الزَّوج لا حاصلةً بمجرَّدِ العَقْدِ، ولم يَشترِطْ عليها رَدَّ شيءٍ له، وذلك كأنْ تَزَوَّجَها بألفٍ على أنْ لا يُخرِجَها من البلدِ، أو على أنْ يُكرِمَها، أو يُهديَ لها هديَّةً، أو علـى أنْ يُـزوِّجَ أباهـا ابنتَـهُ، أو على أنْ يُعتِقَ أخاها، أو على أنْ يُطلِّقَ ضَرَّتَها، فلو المنفعةُ لأجنبيٍّ ولم يُوَفِّ فليس لها إلاَّ المسمَّى؛ لأنَّها ليست منفعةً مقصودةً لأحدِ المتعاقدين، ومثلُهُ بالأَولى لو شرَطَ ما يَضُرُّها كالتَّزوُّجِ عليهـا، وكذا لو كان المسمَّى مهرَ المثلِ أو أكثرَ منه، ولو كان المشروطُ غيرَ مبـاحٍ كخمـرٍ وخـنزيرٍ فلـو المسمَّى عشرةً فأكثرَ وجَـبَ لهـا وبطَـلَ المشـروطُ، ولا يُكمَّـلُ مهـرُ المثـلِ؛ لأنَّ المسلِمَ لا يَنتفِـعُ بالحرام، فلا يجبُ عِوَضٌ بفواتِهِ، ولو تَزَوَّجَها علـى ألـفٍ وعِتْـقِ أخيهـا أو طـلاقِ ضَرَّتِهـا بلفـظِ المصدرِ لا المضارعِ عتَقَ الأخُ، وطَلُقَتِ الضَّرَّةُ بنفسِ العَقْدِ طلقةً رجعيَّةً؛ لمقابلتِها بغيرِ مُتقوِّمٍ وهو البُضْعُ، وللزَّوجةِ المسمَّى فقط، والوَلاءُ له إلاَّ إذا قال: وعِتْقِ أخيها عنهـا فهـو لهـا، ولـو تَزَوَّجَهـا على ألفٍ، وعلى أنْ يُطلِّقَ امرأتَهُ فلانةً، وعلى أنْ تَرُدَّ عليه عبداً يَنقسِمُ الألـفُ علـى مهـرِ مثلهـا [٣/ق٩٩/أ] وعلى قيمةِ العبد، فإنْ كانا سواءً صار نصفُ الألفِ ثمناً للعبدِ والنِّصـفُ صداقـاً، فـإذا طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ فلها نصفُ ذلك، وإنْ بعدَهُ نُظِرَ: إنْ كان مهرُ مثلِها خمسَمائةٍ أو أقـلَّ فليـس لها إلاَّ ذلك، وإنْ أكثرَ فإنْ وَفَّى بالشَّرطِ فكذلك وإلاَّ فمهرُ المثل، وتمامُهُ في "المحيط" و"الفتح"[1] عن "المبسوط"[2]، وفي اشتراطِ الكرامةِ والهديَّةِ كلامٌ سيأتي[3].

(قولُهُ: لمُقابَلَتِها بغير مُتَقوِّمٍ وهو البُضْعُ) وهو ليس بمُتَقوِّمٍ، وتَقَوُّمُه بالعَقْد لضرورة التَّملُّكِ فـلا يعدُوهـا، فلم يظهَرْ في حقِّ الطَّلاق الواقعِ على الضَّرَّة فبَقِيَ طلاقاً بغير بدَلٍ فكان رجعيّاً "بحر".

(قولُهُ: فإذا طلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ فلها نِصْفُ ذلك) وقد عُلِمَ أنَّ وُجُوبَ مهْرِ المِثْل إنَّما هو عند الدُّخُول، أمَّا إنْ طلَّقها قبلَهُ فلها نَصْفُ المُسمَّى وبَطَلَ شرْطُ المَنْفعة لها اهـ "بحر".

---

(١) انظر "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٣٣.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب المهور ٥/٨٨ وما بعدها.

(٣) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بخلاف مجهول الجنس)).

في الثَّانية (فلها الألفُ) لرضاها به[1]، فهنا صورتان: الأُولى ــ تسميةُ المهرِ مع ذكرِ شرطٍ يَنفَعُها، والثانيةُ ـ تسميةُ مهرٍ على تقديرٍ وغيرِهِ على تقديرٍ (وإلاَّ) يُوَفِّ و لم يُقِمْ (فمهرُ المثلِ لفوتِ[2] رِضاها بفواتِ النَّفع (و) لكنْ (لا يُزادُ) المهرُ في المسألةِ الأخيرةِ (على ألفين،

وحاصلُ المسألة على وجوهٍ؛ لأنَّ الشَّرط إمَّا نافعٌ لها، أو لأجنبيٍّ، أو ضارٌّ، وكلٌّ إمَّا حاصلٌ بمجرَّدِ النِّكاحِ أو مُتوقِّفٌ على فعلِ الزَّوجِ، وعلى كلٍّ من السِّتةِ إمَّا أنْ يكونَ مهرُ المثل أكثرَ من المسمَّى أو أقلَّ أو مساوياً، وكلٌّ إمَّا أنْ يكونَ قبل الدُّخولِ أو بعدَهُ، وكلٌّ إمَّا أنْ يُباحَ الانتفاعُ به[3] بالشَّرطِ أوْ لا، وكلٌّ إمَّا أنْ يَشترِطَ عليها رَدَّ شيءٍ أوْ لا، وكلٌّ إمَّا أنْ يحصلَ الوفاءُ بالشَّرطِ أوْ لا، فهي مائتان وثمانيةٌ وثمانون، هذا خلاصةُ ما في "البحر"[4].

[١٢٠٧٣] (قولُهُ: والثَّانيةُ إلخ) قال في "الفتح"[5]: ((وأمَّا الثَّانيةُ فكأنْ يتزوَّجَها على ألفٍ إنْ أقامَ بها، أو أنْ لا يَتَسرَّى عليها، أو أنْ يُطلِّقَ ضَرَّتَها، أو إنْ كانت مَوْلاةً، أو إنْ كانت أعجميَّةً أو ثيِّباً، وعلى ألفين إنْ كان أضدادُها)).

[١٢٠٧٤] (قولُهُ: بفواتِ النَّفعِ) الباءُ للسببيَّةِ؛ لأنَّه في الأُولى سَمَّى لها ما لها فيه نفعٌ، وهو عدمُ إخراجها وعدمُ التَّزوُّجِ عليها ونحوُهُ، فإذا وَفَّى فلها المسمَّى؛ لأنَّه صَلَحَ مهراً، وقد تَمَّ رِضاها به، وعند فَواتِهِ يَنعدِمُ رضاها بالمسمَّى فيُكمَّلُ مهرُ مثلِها، وفي الثَّانية سَمَّى تسميتين ثانيتُهما غيرُ صحيحةٍ للجهالةِ كما يأتي[6]، فوجَبَ فيها مهرُ المثل. ٣٤٥/٢

[١٢٠٧٥] (قولُهُ: في المسألةِ الأخيرةِ) قيدٌ في قوله: ((ولا يُزادُ على ألفين)) فقط، "ح"[7].

---

(١) في "د": ((بها)).
(٢) في "د" و "و": ((لفقد)).
(٣) ((به)) ساقطة من "الأصل" و"ب" و "م".
(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٣/٣.
(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٣٢/٣.
(٦) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بخلاف مجهول الجنس)).
(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب.

ولا يُنقَصُ عن ألفٍ) لاتِّفاقِهما على ذلك، ولو طَلَّقَها قبل الدُّخول تنصَّفَ المسمَّى في المسألتين؛ لسقوطِ[1] الشَّرطِ، وقالا: الشَّرطان صحيحان (بخلاف ما لو[2] تزَوَّجَها على ألفٍ إنْ كانت قبيحةً، وعلى ألفين إنْ كانت جميلةً فإنَّه يصحُّ الشَّرطان) اتِّفاقاً..

وفي بعض النُّسخ: ((في الصُّورةِ الثَّانية ذاتِ التَّقديرين)).

[١٢٠٧٦] (قولُهُ: ولا يُنقَصُ عن ألفٍ) أي: في المسألتين.

[١٢٠٧٧] (قولُهُ: لاتِّفاقِهما على ذلك) أي: لو زادَ مهرُ مثلِها في المسألة الأخيرة على ألفين ليس لها أكثرُ من الألفين؛ لأنَّها رَضِيَتْ معه بهما لترديدِهِ لها بين الألفِ والألفين بخلاف المسألة الأُولى، فإنَّه لو زادَ على ألفٍ لها مهرُ المثل بالغاً ما بلَغَ؛ لأنَّها لم تَرْضَ بالألفِ وحدَهُ بل مع الوصفِ النَّافعِ و لم يَحصُل لها، ولو نقَصَ عن ألفٍ في المسألتين فلها الألفُ؛ لأنَّه رَضِيَ به.

[١٢٠٧٨] (قولُهُ: لسُقُوطِ الشَّرطِ) لأنَّه إذا لم يَفِ يجبُ [٣/ق٩٩/ب] تمامُ مهر المثل، ومهرُ المثلِ لا يَثبُتُ في الطَّلاق قبل الدُّخولِ، فسقَطَ اعتبارُهُ، فلم يَبْقَ إلاَّ المسمَّى فيَتنصَّفُ، "بدائع"[3].

[١٢٠٧٩] (قولُهُ: وقالا: الشَّرطانِ صحيحان) أي: في المسألةِ الأخيرة، قال في "الهداية"[4]: ((حتَّى كان لها الألفُ إن أقامَ بها والألفان إنْ أخرَجَها، وقال "زفرُ": الشَّرطانِ فاسدان،

(قولُهُ: حتَّى كان لها الألفُ إنْ أقام بها إلخ) وعلى قولِهما لا تدْرِي ما يكونُ لها لو طلَّقها قبلَ الدُّخُولِ، ويُمكنُ أنْ يُقالَ: إنْ طلَّقها قبلَ الدُّخُولِ وقبلَ إخراجِها فلها نِصْفُ الأَلْفِ، وإنْ بعد إخراجِها فلها نِصْفُ الألفَيْن اهـ "سنديّ".

---

(١) ((لسقوط)) ساقطة من "ط".

(٢) في "د" و "و": ((إذا)).

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢/٢٩٧.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/١.

في الأصحِّ؛ لقلَّةِ الجهالة،.......................................

ولها مهرُ مثلِها لا يُنقَصُ من الألفِ ولا يُزادُ على ألفين، وأصلُ المسألةِ في الإجارات في قولـه: إنْ خِطْتَهُ اليومَ فلكَ درهمٌ، وإنْ خِطْتَهُ غداً فلك نصفُ درهمٍ)) اهـ.

[١٢٠٨٠] (قولُهُ: في الأصحِّ) مقابلُهُ ما في "نوادرِ ابن سماعـةَ"[1] عـن "محمَّـدٍ": ((أنهـا علـى الخلافِ))، وضعَّفَهُ في "البحر"[2].

[١٢٠٨١] (قولُهُ: لقِلَّةِ الجهالةِ) جوابٌ عمَّا يَـرِدُ على قـول "الإمـام"، حيـث أفسَـدَ الشَّـرطَ الثَّانيَ في المسألةِ المتقدِّمة، وهي ما إذا تَزَوَّجَها علـى ألـفٍ إنْ أقـامَ بهـا وألفـين إنْ أخرجَهـا، وفي هذه الصُّورةِ صحَّحَ الشَّرطين مع أنَّ التَّرديدَ موجودٌ في الصُّورتين، وأجاب في "الغاية": ((بأنَّه في المتقدِّمةِ دَخَلَتِ المخاطرةُ على التَّسميةِ الثَّانية[3]؛ لأنَّ الزَّوجَ لا يَعرِفُ هل يُخرِجُها أوْ لا؟ أمَّا هنا فالمرأةُ على صفةٍ واحدةٍ من الحُسْنِ أو القُبح، وجهالةُ الزَّوج بصفتِها لا تُوجِـبُ خَطَـراً))، ورَدَّهُ "الزَّيلعيُّ"[4]: ((بأنَّ مِن صُوَرِ المسألةِ المتقدِّمةِ ما لـو تَزَوَّجَهـا علـى ألفـين إنْ كـانت حُـرَّةً أو إنْ كانت له امرأةٌ، وعلى ألفٍ إنْ كانت[5] مَوْلاةً أو لم تكن له امرأةٌ، مع أنَّه لا مخاطرةَ ولكنْ جُهِلَ الحالُ))، وأجاب في "البحر"[6]: ((بأنَّ المرأة وإنْ كانَتْ في الكلِّ على صفةٍ واحدةٍ لكنَّ الجهالـةَ قويَّةٌ في الحرِّيَّةِ وعدمِها؛ لأنَّها ليست أمْراً مُشاهَداً، ولذا لو وقَعَ التَّنازُعُ احتِيْجَ إلى إثباتِها، فكـان فيها مخاطرةٌ معنًى بخلافِ الجمال والقبح، فإنَّه أمْرٌ مُشاهَدٌ، فجهالتُهُ يسيرةٌ لزوالِها بـلا مشـقَّةٍ))، واعترَضَهُ في "النَّهر"[7]: ((بأنَّه على هذا ينبغي الصِّحَّةُ فيما لو تَزَوَّجَها على ألفين إنْ كانت لـه

---

(١) "النوادر" لأبي عبد الله محمد بن سماعة بن عبيد الله البغداديّ التميمي (ت ٢٣٣ هـ). ("الجواهر المضية" ١٦٨/٣، "تـاج التراجم" صـ١٨٩ـ، "الفوائد البهية" صـ١٧٠ـ، "هدية العارفين" ١٢/٢).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٤/٣.

(٣) ((الثانية)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٤٩/٢.

(٥) من ((حرة)) إلى ((إن كانت)) ساقط من "آ".

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٤/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/ب.

بخلافِ ما لو ردَّدَ في المهرِ بين القلَّةِ والكثرةِ للثُّيوبـةِ والبكـارة، فإنَّهـا إنْ ثيِّبـاً لَزِمَـهُ الأقلُّ، وإلاَّ فمهرُ المثلِ لا يُزادُ على الأكثرِ، ولا يُنقَصُ عـن الأقـلِّ، "فتـح"[١]. ولـو شرَطَ البكارةَ فوجَدَها ثيِّباً لَزِمَهُ الكلُّ، "درر"[٢]. ورجَّحَهُ في "البزَّازيَّة"[٣].........

امرأةٌ وعلى ألفٍ إنْ لم تكن؛ لأنَّ النِّكاح يَثبُتُ بالتَّسامُعِ، فلا يحتاجُ إلى إثباتٍ عند المنازعة)).

قلت: ولا يخفى ما فيه، فإنَّ إثباتَهُ بالتَّسامُعِ إنما هو عند الاحتيـاجِ إلى إثباتِـهِ، علـى أنَّـه قـد تكونُ له امرأةٌ غائبةٌ في بلدةٍ أخرى لا يَعلَمُ بها أحدٌ بخلافِ الجمالِ والقُبح، فلذا تَبِـعَ "الشَّـارحُ" ما في "البحر" ولم يَلتفِتْ لِما في "النَّهر".

[١٢٠٨٢] (قولُهُ: بخلافِ ما لو رَدَّدَ إلخ) هذا أيضاً [٣/ق١٠٠/أ] من صُوَرِ المسألةِ المتقدِّمة التي ذكَرَ أنَّها مُخالِفةٌ لمسألةِ التَّرديدِ للقُبحِ والجَمال، فلا حاجةَ إلى إعادتِهِ.

والحاصلُ: أنَّ ترديد المهرِ بين القِلَّةِ والكثرةِ إنْ وُجدَ فيه شرطُ الأقلِّ لَزِمَهُ الأقـلُّ، وإلاَّ فـلا يَلزَمُهُ الأكثرُ بل مهرُ المثل خلافاً لهما، إلاَّ في مسـألةِ القُبـحِ والجَمـال، فإنَّـه يجـبُ المسـمَّى في أيِّ شرطٍ وُجدَ اتِّفاقاً، والفَرْقُ لـ"الإمام" ما مَرَّ[٤].

[١٢٠٨٣] (قولُـهُ: ولـو شـرَطَ إلخ) هـذه مسـألةٌ استطراديَّةٌ ليسـت مـن جنسِ مـا قبلَهـا، ومناسبتُها تعليقُ المسمَّى على وصفٍ مرغوبٍ له.

[١٢٠٨٤] (قولُهُ: لَزِمَهُ الكلُّ) لأنَّ المهر إنما شُرِعَ لمجرَّدِ الاستمتاع دون البكارة، "ح"[٥] عـن "مجمع الأنهر"[٦].

[١٢٠٨٥] (قولُهُ: ورجَّحَهُ في "البزَّازيَّة") أقول: عبارتُها[٧]: ((تَزَوَّجَها على أنَّها بـكرٌ فـإذا

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٣٢.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٣٤٥.

(٣) "البزازية": كتاب النكاح ـ نوع آخر تزوجها بمهر سراً وبشيء علانية بأكثر إلخ ٤/١٣٤. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٢٠٨١] قوله: ((لقلة الجهالة)).

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب.

(٦) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٣٥٥.

(٧) "البزازية": كتاب النكاح ـ نوع آخر تزوجها بمهر سراً وبشيء علانية بأكثر إلخ ٤/١٣٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

هي ليست كذلك يجبُ كلُّ المهرِ حملاً لأمرِها على الصَّلاح بأنْ زالَتْ بوَثْبةٍ، فإنْ تَزوَّجَها بأَزْيَدَ من مهرِ مثلها على أنَّها بكرٌ فإذا هي غيرُ بكرٍ لا تجبُ الزِّيادةُ، والتَّوفيقُ واضحٌ للمتأمِّل)) اهـ.

ووجهُ التَّوفيقِ ما ذكرَهُ في "العماديَّة" عن فوائد "المحيط" في تعليلِ المسألة الثَّانية: ((أنَّه قابَلَ الزِّيادةَ بما هو مرغوبٌ وقد فاتَ، فلا يجبُ ما قُوبِلَ به))، وأنت خبيرٌ بأنَّ كلام "البزَّازيَّة" ليس فيه ترجيحٌ لِلُزُومِ الكلِّ مطلقاً، بل فيه ترجيحٌ للتَّفصيل، والفَرْقُ بين التَّزوُّجِ بمهرِ المثل وبأزيدَ منه، نعم قال في "البزَّازيَّة"[1] بعد ذلك: ((وإنْ أعطاها زيادةً على المعجَّلِ على أنَّها بكرٌ فإذا هي ثيِّبٌ قيل: تَرُدُّ الزَّائدَ، وعلى قياسِ مختارِ مشايخ بخارى ـ فيما إذا أعطاها المالَ الكثيرَ بجهةِ المعجَّل على أنْ يُجهِّزوها بجهازٍ عظيمٍ ولم تأتِ به رَجَعَ بما زادَ على مُعجَّلِ مثلِها، وكذا أفتى أئمَّةُ خوارزم ـ ينبغي أنْ يَرجِعَ بالزِّيادة، ولكنْ صرَّحَ في "فوائدِ الإمامِ ظهيرِ الدِّين": أنَّه لا يَرجِعُ في كلتا الصُّورتين)) اهـ، أي: في صورةِ الزِّيادةِ على مهرِ المثل وصورةِ الزِّيادةِ على المعجَّل كما يُعلَمُ من مراجعةِ "الفصول العماديَّة"، فقولُ "البزَّازيَّة" تبعاً لـ"العماديَّة": ((ولكنْ صرَّحَ إلخ)) يفيدُ ترجيحَ عدمِ الرُّجوعِ وأنَّه يَلزَمُ كلُّ المهر، ولذا نظَمَ المسألةَ في "الوهبانية"[2]، وعبَّرَ عن عدمِ وجوب الزِّيادة بـ((قيل))، فأفادَ أيضاً ترجيحَ لُزُومِ الكلِّ كما هو مقتضى إطلاقِ صاحب "الدُّرر"[3] و"الوقاية"[4] و"الملتقى"[5].

٣٤٦/٢

(قولُهُ: فقولُ "البزَّازيَّة" تبعاً لـ"العِماديَّة": ((ولكنْ صرَّحَ إلخ)) يُفيدُ ترجيحَ إلخ) قولُ "البزَّازيَّة" ما ذُكِرَ ليس فيه ما يُفيدُ ترجيحَ عدمِ الرُّجُوعِ، كما هو واضحٌ؛ إذْ غايةُ ما أفادتْهُ أنَّ المسألةَ خلافيَّةٌ.

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ نوع آخر تزوجها بمهر سراً وبشيء علانية بأكثر إلخ ١٣٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الوهبانية": كتاب النكاح ـ الكلام في المهر صـ٢٣ـ، (هامش "المنظومة المحبية").

(٣) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٥/١.

(٤) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٧/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٠/١.

(ولو تزَوَّجَها على هذا العبدِ أو على هذا الألـفِ) أو الألفَيْـنِ (أو علـى هـذا العبـدِ أو على هذا العبدِ[(١)]) أو على أحدِ هذين (وأحدُهما أَوْكَسُ.........................

[١٢٠٨٦] (قولُهُ: ولو تَزَوَّجَها إلخ) حاصلُ هذه المسألةِ أنْ يُسمِّيَ شيئين مختلفي القيمةِ اتَّحَدَ الجنسُ أو اختلَفَ، "نهر"[(٢)].

[١٢٠٨٧] (قولُهُ: أو الألفين) لا فائدةَ في ذكرِهِ بعد الألـفِ؛ للعِلْـمِ [٣/ق١٠٠/ب] قطعـاً بـأنَّ الألفَ غيرُ قيدٍ، فالأَولى قولُ "البحر"[(٣)]: ((أو على هذا الألفِ أو الألفين))، فهو مثالٌ آخرُ مثـلُ الذي بعده مما الاختلافُ فيه قيمةً مع اتِّحادِ الجنـس، ويمكـنُ عطـفُ قولِـهِ: ((أو الألفـين)) علـى مجموعِ قولِهِ: ((على هذا العبدِ أو على هذا الألفِ)) بأنْ يُعطَفَ على كلٍّ واحـدٍ بـانفرادِهِ، كـأنْ يقولَ الزَّوجُ: تَزَوَّجتُكِ على هذا العبدِ أو هذين الألفـين، أو يقـولَ: علـى هـذا الألـفِ أو هذين الألفين، تأمَّل.

[١٢٠٨٨] (قولُهُ: أو على أحدِ هذين) أي: أنَّه لا فَرْقَ بين كلمةِ ((أو)) ولفظِ ((أحدِهما))، فإنَّ الحكم فيه كذلك كما صرَّحَ به في "المحيط"، "بحر"[(٤)].

[١٢٠٨٩] (قولُهُ: وأحدُهما أَوْكَسُ) الجملةُ في موضعِ الحـال. في "القـاموس"[(٥)]: ((الوَكْسُ كالوَعْدِ: النَّقْصُ والتَّنقيص، لازمٌ ومُتَعَدٍّ)) اهـ.

وقيَّدَ به لأنَّهما لو تساويا قيمةً صَحَّتِ التَّسميةُ اتِّفاقاً، "بحر"[(٦)] عن "الفتح"[(٧)]، وقال قبلـه: ((لو كانا سواءً فلا تحكيمَ، ولها الخِيارُ في أخذِ أيِّهما شاءَتْ)).

(١) عبارة "ط": ((أو على هذا العبد وهذا العقد)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٤/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٥/٣.

(٥) "القاموس": مادة ((وكس)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٥/٣.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٣٤/٣ بتصرف.

حَكَّمَ) القاضي (مهرَ المثلِ) فإنْ مثلَ الأرفعِ أو فوقَهُ فلها الأرفعُ، وإنْ مثلَ[(١)] الأوكسِ أو دونَهُ فلها الأوكسُ، وإلاَّ فمهرُ المثل (وفي الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ يُحكِّمُ مُتعةَ المثلِ) لأنَّها الأصلُ، حتَّى لو كان نصفُ الأوكسِ أقلَّ من المُتعةِ[(٢)]...........

[١٢٠٩٠] (قولُهُ: حكَّمَ مهرَ المثلِ) هذا قولُهُ، وعندهما لها الأقلُّ، والمتونُ على الأوَّلِ، ورجَّحَ في "التَّحرير"[(٣)] قولَهما، والخلافُ مبنيٌّ على أنَّ مهر المثل أصلٌ عنده والمسمَّى خَلَفٌ عنه إنْ صَحَّتِ التَّسميةُ، وقد فَسَدَتْ هنا للجهالةِ، فيُصارُ إلى الأصل، وعندهما بالعكس، ومحلُّهُ إذا لم يُصرِّحْ بالخِيارِ لها أوْ له، فلو قال: على أنَّها بالخيارِ تأخذُ أيَّهما شاءَتْ، أو على أنِّي بالخيارِ أُعطِيكِ أيَّهما شئتُ فإنَّه يصحُّ اتِّفاقاً لانتفاءِ المنازعة. وقيَّدَ بالنِّكاح لأنَّ الخُلْعَ على أحدِ شيئين مختلفين أو الإعتاقَ عليه يُوجِبُ الأقلَّ اتِّفاقاً؛ لأنَّه ليس له مُوجَبٌ أصليٌّ يُصارُ إليه عند فسادِ التَّسميةِ، فوجَبَ الأقلُّ، وكذا في الإقرار، وتمامُهُ في "البحر"[(٤)].

[١٢٠٩١] (قولُهُ: فلها الأَرْفَعُ) لأنَّها رَضِيَتْ بالحَطِّ، "هداية"[(٥)].

[١٢٠٩٢] (قولُهُ: فلها الأَوْكَسُ) لأنَّ الزَّوج رَضِيَ بالزِّيادة، "هداية"[(٦)].

[١٢٠٩٣] (قولُهُ: وإلاَّ) أي: بأنْ كان بينَ الأَرْفَعِ والأَوْكَس.

[١٢٠٩٤] (قولُهُ: لأنَّها الأصلُ) أي: في الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ، كما أنَّ الأصل مهرُ المثلِ

(قولُ "المُصنِّفِ": يُحكِّمُ مُتْعةَ المِثْلِ إلخ) فإنْ كانت تُساوي نِصْفَ الأرْفَعِ أو فوقَهُ فلها نِصْفُ الأرْفَعِ، وإنْ كانتْ تُساوي نِصْفَ الأَوْكَسِ فلها نِصْفُ الأَوْكَسِ، أو المِتْعَةُ اهـ "سنديّ".

---

(١) في "د" و "و": ((أو مثل)).

(٢) ((من المتعة)) ليست في "د".

(٣) "التحرير": الفصل الخامس في تقسيم المفرد إلى حقيقة ومجاز ـ مسائل الحروف ـ حروف العطف صـ١٩٨ـ.

(٤) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٥/٣، نقلاً عن "الهداية"، إلا قوله: ((وكذا في الإقرار)) فإنَّه من كلام "البحر".

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/١.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/١.

وَجَبتِ المُتعةُ، "فتح".

(ولو تزوَّجَها على فَرَسٍ) أو عبدٍ، أو ثوبٍ هرويٍّ، أو فراشِ بيتٍ، أو عددٍ معلومٍ من نحوِ إبلٍ (فالواجبُ).................................

قبل الطَّلاق، "بحر"[1].

[١٢٠٩٥] (قولُهُ: وَجَبَتِ المُتعةُ) أشارَ به إلى أنَّ ما وقَعَ في "الدُّرر"[2] تبعاً لـ"الوقاية"[3] و"الهداية"[4]: ((من أنَّه يجبُ نصفُ الأَوْكَسِ اتِّفاقاً)) مبنيٌّ على الغالب أنَّ المُتعةَ لا تَزِيدُ على نصفِ الأَوْكَسِ[5] كما علَّلَ به في "الهداية"[6]، حتَّى لو زادَتْ وَجَبَتْ كما صرَّحَ به في "الخانيَّة"[7] و"الدِّراية"، وقال في "الفتح"[8]: ((التَّحقيقُ أنَّ المُحكَّمَ المُتعةُ))، فأفاد أنَّها لو كانَتْ أَزْيدَ من نصف الأعلى لا يُزادُ على نصفِهِ لرضاها به، "رحمتي". [٣/ق١٠١/أ]

[١٢٠٩٦] (قولُهُ: ولو تَزَوَّجَها على فرسٍ إلخ) شروعٌ في مسألةٍ أخرى موضوعُها أنَّه تَزَوَّجَها على ما هو معلومُ الجنس دون الوصف كما في "الهداية"[9]، وقولُهُ: ((فالواجبُ الوسطُ أو قيمتُهُ)) يُفيدُ صحَّةَ التَّسميةِ؛ لأنَّ الجنسَ المعلومَ مُشتمِلٌ على الجيِّدِ والرَّديءِ، والوَسَطُ ذو حَظٍّ منهما بخلاف مجهولِ الجنس؛ لأنَّه لا وسطَ له لاختلافِ معاني الأجناس، وإنَّما تُخيِّرُ الزَّوجَ بين دفعِ الوسط أو قيمتِهِ؛ لأنَّ الوسط لا يُعرَفُ إلاَّ بالقيمةِ، فصارَتْ أصلاً في حقِّ الإيفاء.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٥/٣ بتصرف.

(٢) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٥/١.

(٣) انظر "شرح الوقاية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٧/١ (هامش "كشف الحقائق").

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/١

(٥) من ((اتفاقاً)) إلى ((الأوكس)) ساقط من "آ".

(٦) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/١

(٧) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ٣٧٧/١ ـ ٣٧٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٣٥/٣.

(٩) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٩/١.

في كلِّ جنسٍ له وَسَطٌ (الوسطُ أو قيمتُهُ) وكلُّ ما لم يَجُزِ السَّلَمُ فيه[1] فالخيارُ للزَّوجِ، وإلاَّ فللمرأةِ..

وقيَّدَ بالمبهم لأنَّه في المعيَّنِ بإشارةٍ كهذا العبدِ أو الفرسِ يَثْبُتُ المِلكُ لها بمجرَّدِ القبول إنْ كان مملوكاً له، وإلاَّ فلها أنْ تأخذَ الزَّوجَ بشرائِهِ لها، فإنْ عجزَ لَزِمَهُ قيمتُهُ، وكذا بإضافةٍ إلى نفسِهِ كعبدي، فلا تُجبَرُ على قبولِ القيمة؛ لأنَّ الإضافة إلى نفسِهِ من أسبابِ التَّعريف كالإشارة، لكنْ في هذا إذا كان له أَعبُدٌ[2] ثبَتَ مِلكُها في واحدٍ منهم وسطٍ، وعليه تعيينُهُ، وقولُهُ في "البحر"[3]: ((إنَّه يَتوقَّفُ مِلكُها له على تعيينِهِ)) غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه يَلزَمُ كونُ الإضافةِ كالإبهام، فإنَّه في الإبهامِ لو عيَّنَ لها وسطاً أُجبِرَتْ على قَبُولِهِ، وتمامُهُ في "النَّهر"[4].

[١٢٠٩٧] (قولُهُ: في كلِّ جنسٍ له وسطٌ) قصَدَ بهذا التَّعميمِ أنَّ هذا الحكم لا يَخُصُّ الفرسَ والعبدَ وما عُطِفَ عليهما، بل يَعُمُّ كلَّ جنسٍ له وسطٌ معلومٌ، "ح"[5].

[١٢٠٩٨] (قولُهُ: وكلُّ ما لم يَجُزِ السَّلَمُ فيه إلخ) فإذا وصَفَ الثَّوبَ كهَرَويٍّ خُيِّرَ الزَّوجُ بين دفعِ الوسط أو قيمتِهِ كما مرَّ[6]، وكذا لو بالَغَ في وصفِهِ بأن قال: طولُهُ كذا في ظاهر الرِّواية، نعم لو ذكَرَ الأجلَ مع هذه المبالغةِ كان لها أنْ لا تَقبَلَ القيمةَ؛ لأنَّ صحَّةَ السَّلَمِ في الثِّياب موقوفةٌ على ذكرِ الأجل، وفي المكيلِ والموزون إذا ذكَرَ صفتَهُ كجيِّدةٍ خاليةٍ من الشَّعيرِ صعيديَّةٍ أو بَحْرِيَّةٍ يتعيَّنُ المسمَّى وإنْ لم يَذكُرِ الأجلَ؛ لأنَّ الموصوف فيها يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ وإنْ لم يكن مُؤجَّلاً كما في "النَّهر"[7] و"البحر"[8]، فمعنى كونِ الخيار للمرأةِ أنَّ لها أنْ لا تَقبَلَ القيمةَ

---

(١) في "د" زيادة: ((قال محمد: وأصلُ هذا أنَّ كلَّ ما جاز السَّلَمُ فيه فلها أن لا تأخذ إلا المسمَّى، وما لم يجزْ فيه السَّلَمُ كان للزوج أن يعطيها القيمة)). ق١٦٣/أ.

(٢) في "الأصل": ((عبد)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٦/٣ بتصرف.

(٤) انظر "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٣/ب.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب.

(٦) المقولة [١٢٠٩٦] قوله: ((ولو تزوَّجها على فرس إلخ)).

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٣/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٧/٣.

(وكذا الحكمُ) وهو لزومُ الوسطِ (في كلِّ حيوانٍ ذُكِرَ جنسُهُ) هو عند الفقهاءِ: المقولُ على كثيرين مختلفين في الأحكام (دونَ نوعِهِ) هو المقولُ على كثيرين.......

إذا أرادَ إجبارَها عليها، لا بمعنى أنَّ لها أنْ تُجبِرَهُ على القيمةِ إذا أرادَ دَفْعَ العينِ؛ لأنَّه إذا صَحَّ السَّلَمُ تعيَّنَ حقُّها في العين.

هذا، وفي "الفتح"[(١)] التَّصريحُ: ((بأنَّ قول "الهداية"[(٢)]: في ظاهرِ الرِّوايةِ احترازٌ عمَّا رُوِيَ عن "أبي حنيفة": أنَّ الزَّوجَ يُجبَرُ على دفعِ عَينِ الوسطِ، [٣/ق١٠١/ب] وهو قولُ "زفر"، وعن قول "أبي يوسف": أنَّه لو ذكَرَ الأجلَ مع المبالغةِ في وصفِ الثَّوبِ بالطُّولِ والعَرْضِ والرِّقَّةِ تعيَّنَ الثَّوبُ))، وذكَرَ مثلَهُ عن "المبسوط"[(٣)]، ثمَّ رجَّحَ روايةَ "زفرَ"، وصرَّحَ في "المجمع"[(٤)]: ((بأنَّها الأصحُّ))، وكذا في "درر البحار"، وأقرَّهُ في "غرر الأذكار"[(٥)] و"ابنُ ملكٍ". ثمَّ لا يخفى أنَّه وإنْ لم يتعيَّنْ فلا بدَّ في عينِ الوَسَطِ أو قيمتِهِ من اعتبارِ الأوصافِ التي ذكَرَها الزَّوجُ. /٣٤٧

[١٢٠٩٩] (قولُهُ: وكذا الحكمُ في كلِّ حيوانٍ إلخ) فذِكْرُ الفرَسِ ليس قيداً، ولو قال أوَّلاً: ولو تزَوَّجَها على معلومِ جنسٍ وجَبَ الوسطُ أو قيمتُهُ لكان أحصرَ وأشملَ، فإنَّه يَعُمُّ نحوَ العبدِ والثَّوبِ الهَرَوِيِّ، أفادَهُ "ح"[(٦)].

[١٢١٠٠] (قولُهُ: هو عند الفقهاءِ إلخ) أمَّا عند المَناطِقَةِ فهو: المقولُ على كثيرِيْنَ مختلفِيْنَ في الحقائقِ في جواب ما هو؟ والنَّوعُ: المقولُ على كثيرِيْنَ مختلفِيْنَ في العدد.

[١٢١٠١] (قولُهُ: مختلفِيْنَ في الأحكامِ) كإنسانٍ، فإنَّه مَقُولٌ على الذَّكرِ والأنثى وأحكامُهما

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٣٧.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٠٩.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الخيار في النكاح ٥/٨٠.

(٤) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٣٥٤.

(٥) "غرر الأذكار": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٩٨/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب.

متَّفِقين فيها، ....

مختلفةٌ، قال في "البحر"[١]: ((ولا شكَّ أنَّ الثَّوب تحتَهُ الكتّانُ والقطنُ والحريرُ، والأحكامُ مختلفةٌ، فإنَّ الثَّوبَ الحريرَ لا يَحِلُّ لبسُهُ، وغيرُهُ يَحِلُّ، فهو جنسٌ عندهم، وكذا الحيوانُ تحتَهُ الفرسُ والحمارُ، وأمَّا الدَّارُ فتحتَها ما يَختلِفُ اختلافاً فاحشاً بالبلدانِ والمَحالِّ والسَّعَةِ والضِّيقِ وكثرةِ المَرافِقِ وقِلَّتِها)).

[١٢١٠٢] (قولُهُ: مُتَّفِقِيْنَ فيها) أي: في الأحكامِ، مثَّلَ له الأصوليُّون في بحثِ الخاصِّ بالرَّجُلِ، وأُورِدَ عليهم أنَّه يَشمَلُ الحرَّ والعبدَ والعاقلَ والمجنونَ، وأحكامُهم مختلفةٌ، فأجابوا بأنَّ اختلافَ الأحكامِ بالعَرَضِ لا بالأصالةِ بخلاف الذَّكَرِ والأنثى، فإنَّ اختلافَ أحكامِهما بالأصالةِ، "بحر"[٢].

(تنبيهٌ)

عُلِمَ مما ذكرنا أنَّ نحوَ الحيوانِ والدابَّةِ والمملوكِ والثَّوبِ جنسٌ، وأنَّ نحوَ الفرسِ والحمارِ والعبدِ والثَّوبِ الهَرَويِّ أو الكتّانِ أو القُطنِ نوعٌ، وأنَّ الذي تصحُّ تسميتُهُ ويجبُ فيه الوسطُ أو قيمتُهُ الثَّاني، فكان على "المصنِّف" أنْ يقول: وكذا الحكمُ في كلِّ حيوانٍ ذُكِرَ نوعُهُ دون

(قولُهُ: فكان على "المُصنِّفِ" أنْ يقولَ: وكذا الحُكْمُ إلخ) يُجابُ عن "المُصنِّف" بأنَّه أراد بالجنْسِ النَّوْعَ، وبالنَّوْعِ الصِّفَةَ؛ بدليل ما ذَكَرَه غيرُه، كـ"الاختيار"، ويُفيدُ ذلك أيضاً أنَّ قصدَهُ بذكْرِ هذه المسألةِ بعد السَّابقةِ تعميمُ الحُكْمِ السَّابقِ، إفادة أنَّ الفرَسَ فيما سَبَقَ ليس بقيْدٍ بل مثْلُها سائرُ الأجناس بمعنى الأنواع، فحيثُ أُريدَ بالجنْس النَّوْعُ، كما هو أحدُ إطلاقَيْه تعيَّنَ أنْ يُرادَ بالنَّوْعِ الوَصْفُ كما هو ظاهرٌ؛ إذْ لا مَعْنى لقولك: ذُكِرَ جنسُه بمعنى نَوْعه دون نَوْعه إلاَّ بمعنى أنَّه ذُكِرَ جنْسُه دون وصْفِه؛ إذ الأخصُّ من النَّوْعِ هو الوَصْفُ؛ إذ الجنْسُ تحتَهُ نوْعٌ، والنَّوْعُ تحتَهُ وَصْفٌ. وقال "القُهسْتانيُّ": ((في كلام "النُّقاية" إشعارٌ بجواز إطلاق الجنْسِ عند الفُقَهاء على الأمْرِ العامِّ سواءٌ كان جنْساً عند الفلاسفة، أو نَوْعاً، وقد يُطلَقُ على الخاصِّ، كالرَّجُل والمرأة نظراً إلى فُحْش التَّفاوُتِ في المقاصد والأحكام، كما يُطْلَقُ النَّوْعُ عليهما نظراً إلى اشتراكهما في الإنسانيَّة واختلافِهما في الذُّكُورة والأُنوثة)) اهـ. وممَّا حُمِلَ فيه الجنْس على النَّوْع قولُ "الشَّارح": ((بخلاف مَجهُولِ الجِنْس إلخ))؛ فإنَّ المَجهُولَ النَّوْعُ لا الجِنْسُ الفِقْهيُّ، ومع ذلك قال: كـ ((ثوبٍ ودابَّةٍ)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٧.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٩ بتصرف.

....

وصفِهِ كما قال في متن "المختار"[(١)]: ((تَزَوَّجَها على حيوانٍ فإنْ سَمَّى نوعَهُ كالفرسِ جاز وإنْ لم يَصِفْهُ))، وقال في شرحه "الاختيار"[(٢)]: ((ثمَّ الجهالةُ أنواعٌ: جهالةُ النَّوعِ والوصفِ كقولِهِ: ثوبٌ أو دابَّةٌ أو دارٌ، فلا تصحُّ هذه التَّسميةُ، ومنها ما هو معلومُ النَّوعِ مجهولُ الصِّفةِ كقولِه: عبدٌ أو فَرَسٌ أو بقرةٌ [٣/ق١٠٢/أ] أو شاةٌ أو ثوبٌ هَرَوِيٌّ، فإنَّه تصحُّ التَّسميةُ ويجبُ الوسطُ إلخ))، فقد جعَلَ الدابَّةَ والثَّوبَ معلومَ الجنسِ مجهولَ النَّوعِ والوصفِ، وجعَلَ العبدَ والفرسَ والثَّوبَ الهَرَوِيَّ معلومَ الجنسِ والنَّوعِ مجهولَ الوصف، وهذا مُوافِقٌ لِما مَرَّ[(٣)] في تعريفِ الجنسِ والنَّوعِ عند الفقهاء.

فإنْ قلت: قال في "الهداية"[(٤)]: ((معنى هذه المسألةِ أنْ يُسمِّيَ جنسَ الحيوان دون الوصف بأنْ تَزَوَّجَها على فرسٍ أو حمارٍ، أمَّا إذا لم يُسَمِّ الجنسَ ـ بأنْ تَزَوَّجَها على دابَّةٍ ـ لا تجوزُ التَّسميةُ ويجبُ مهرُ المثل)) اهـ. فقد جعَلَ الفرسَ والحمارَ جنساً.

قلت: أرادَ بالجنسِ النَّوعَ كما صرَّحَ به في "غاية البيان"، ولذا قابَلَهُ بالوصف، وأمَّا قولُ "البحر"[(٥)]: ((لا حاجةَ إلى حملِ الجنس على النَّوع؛ لأنَّ الجنس عند الفقهاء هو المَقُولُ على كثيرين إلخ))، ففيه أنَّه لا يصحُّ حملُ الجنس في كلام "الهداية" على الجنسِ الفقهيِّ كما لا يخفى، بل يتعيَّنُ حملُهُ على النَّوع، وكذا قال في "الهداية"[(٦)]: ((ولو سَمَّى جنساً ـ بأنْ قال: هَرَوِيٌّ ـ تصحُّ التَّسميةُ، ويُخيَّرُ الزَّوجُ))، فقد سَمَّى الهَرَوِيَّ جنساً، وليس هو جنساً بالمعنى المارِّ،

---

(١) انظر "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير ٣/١٠٦.

(٢) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير ٣/١٠٧.

(٣) "در" صـ٤٣١ـ.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٠٩.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٦-١٧٧.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٠٩.

بخلافِ مجهولِ الجنس كثوبٍ ودابَّةٍ؛ لأنَّه لا وسطَ له،.......................

ولو تَبِعَ "المصنِّفُ" "الهدايةَ" فقال: ذُكِرَ جنسُهُ دون وصفِهِ بدل قوله: ((دونَ نوعِهِ)) لصَحَّ كلامُهُ، بأنْ يُرادَ بالجنس النَّوعُ لمقابلتِهِ له بالوصف، أمَّا مع مقابلتِهِ بالنَّوع فلا يصحُّ، هذا ما ظهَرَ لي.

[١٢١٠٣] (قولُهُ: بخلافِ مجهولِ الجنسِ) أي: ما ذُكِرَ جنسُهُ بلا تقييدٍ بنوعٍ كثوبٍ ودابَّةٍ، فإنَّه لا تصحُّ تسميتُهُ، فلا يجبُ الوسطُ أو قيمتُهُ، بل يجبُ مهرُ المثل.

(تنبيهٌ)

حاصلُ هذه المسألةِ: أنَّ المسمَّى إذا كان من غيرِ النُّقودِ ـ بأن كان عَرْضاً أو حيواناً ـ إمَّا أنْ يكونَ مُعيَّناً بإشارةٍ أو إضافةٍ فيجبُ بعينِهِ، أوْ لا يكونَ مُعيَّناً، فإنْ كان غيرَ مَكيلٍ وموزونٍ فإنْ جُهِلَ نوعُهُ كدابَّةٍ أو ثوبٍ فسَدَتِ التَّسميةُ ووجَبَ مهرُ المثل، وإنْ عُلِمَ نوعُهُ وجُهِلَ وصفُهُ كفرسٍ أو ثوبٍ هَرَويٍّ أو عبدٍ صَحَّتِ التَّسميةُ، وتُخيَّرُ بين الوسطِ أو قيمتِهِ، وكذلك لو عُلِمَ وصفُ الثَّوبِ على ظاهرِ الرِّواية، وعلى ما مرَّ[1] أنَّه الأصحُّ يتعيَّنُ الوسطُ؛ لأنَّه يجبُ في الذِّمَّة كالسَّلَم بخلاف الحيوان، فإنَّه لا يجبُ في الذِّمَّة في السَّلَم وإنْ كان مَكيلاً أو موزوناً، فإنْ عُلِمَ نوعُهُ ووصفُهُ كإرْدَبٍّ قمحٍ جيِّدٍ خالٍ من الشَّعيرِ صعيديٍّ تعيَّنَ المسمَّى، وصار كالعَرْضِ المشارِ [٣/ق١٠٢/ب] إليه؛ لأنَّه يَثْبُتُ في الذِّمَّة حالاً كالقرضِ ومُؤجَّلاً كالسَّلَم، وإنْ لم يُعلَمْ وصفُهُ تخيَّرَ الزَّوجُ بين الوسطِ أو قيمتِهِ كما في ذِكْرِ الفرسِ أو الحمارِ، هذا خلاصةُ ما في "الاختيار"[2] و"الفتح"[3] و"البحر"[4].

مطلب: تَزَوَّجَها على عشرةِ دراهمَ وثوبٍ

لكنْ يُشكِلُ[5] ما في "الخانيَّة"[6]: ((لو تَزَوَّجَها على عشرةِ دراهمَ وثوبٍ و لم يَصِفْهُ كان

---

(١) المقولة [١٢٠٩٨] قوله: ((وكل ما لم يجز السَّلم فيه إلخ)).

(٢) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير ٣/١٠٦-١٠٧.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٧.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٣٧.

(٥) في "الأصل": ((يشمل)).

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

لها عشرةُ دراهمَ، ولو طَلَّقَها قبل الدُّخولِ بها كان لها خمسةُ دراهمَ، إلاَّ أنْ تكونَ متعتُها أكثرَ من ذلك)) اهـ.

قال في "البحر"[1]: ((وبهذا عُلِمَ أنَّ وجوب مهرِ المثل فيما إذا سَمَّى مجهولَ الجنس إنَّما هو فيما إذا لم يكن معه مُسمًّى معلومٌ، لكنْ ينبغي على هذا أنْ لا يُنظَرَ إلى المُتعةِ أصلاً؛ لأنَّ المسمَّى هنا عشرةٌ فقط، وذِكْرُ الثَّوبِ لغوٌ بدليلِ أنَّه لم يُكمَّلْ لها مهرُ المثل قبل الطَّلاق)) اهـ.

وأجابَ "الخيرُ الرَّمليُّ": ((بأنَّ الثَّوب محمولٌ على العِدَةِ، والتَّبرُّعُ كما جرَتْ به العادةُ غيرُ داخلٍ في التَّسمية؛ إذ لو دخَلَ لأوجَبَ فسادَها لفُحْشِ الجهالة))، وقال في "فتاواه الخيريَّة"[2]: ((إنَّه زاغَ فَهْمُ صاحب "البحر" وأخيه[3] في جَعلِ الثَّوبِ لغواً، ولا حولَ ولا قوَّةَ إلاَّ بالله)) اهـ. ٣٤٨/١

قلت: حملُهُ على العِدَةِ والتَّبرُّعِ هو بمعنى إلغائِهِ في التَّسمية، ووجهُ إشكالِ هذا الفرعِ أنَّ الثَّوب إنْ لم يدخل في التَّسمية لَزِمَ أنْ يجبَ لها نصفُ المسمَّى بالطَّلاقِ قبل الدُّخولِ بلا نظرٍ إلى المُتعةِ لصحَّةِ تسمية العشرة، وإنْ دخَلَ فيها ينبغي أنْ يُعطَى حكمَ ما لو[4] تزَوَّجَها على ألفٍ وكرامتِها أو يُهديَ لها هديَّةً، فقد صرَّحَ في "النَّهر"[5]: ((بأنَّه في "المبسوط"[6] بعدَ أنْ ذكَرَ عبارةَ "محمَّدٍ": لو تزَوَّجَها على ألفٍ وكرامتِها أو يُهديَ لها هديَّةً فلها مهرُ مثلِها لا يَنقُصُ عن الألفِ قال: هذه المسألةُ على وجهين: إنْ أكرَمَها وأهدى لها هديَّةً فلها المسمَّى، وإلاَّ فمهرُ المثل)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٧/٣.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٠/١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/ب.

(٤) في "ب": ((لم)) وهو خطأ.

(٥) انظر "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/ب.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب المهور ٨٩/٥ـ٩٠ بتصرف.

....

قلت: فهو مثلُ ما لو تَزَوَّجَها بألفٍ على أنْ لا يُخرِجَها أوْ لا يتزوَّجَ عليها كما قدَّمناه[١]، وبه صرَّحَ في "الهداية"[٢] و"غاية البيان"، وفي "البدائع"[٣]: ((لو شرَطَ مع المسمَّى شيئاً مجهولاً ـ كأنْ تَزَوَّجَها على ألفِ درهمٍ وأنْ يُهديَ لها هديَّةً ـ ثمَّ طَلَّقَها قبل الدُّخولِ فلها نصفُ المسمَّى؛ لأنَّه إذا لم يَفِ بالكرامةِ والهديَّةِ يجبُ تمامُ مهرِ المثل، ومهرُ المثل لا مَدخَلَ له في الطَّلاق قبل الدُّخول)) اهـ.

لكنْ قال [٣/ق١٠٣/أ] في "الاختيار"[٤]: ((ولو تَزَوَّجَها على ألفٍ وكرامتِها فلها مهرُ المثل لا يَنقُصُ عن ألفٍ؛ لأنَّه رَضِيَ بها، وإنْ طَلَّقَها قبل الدُّخولِ لها نصفُ الألف؛ لأنَّه أكثرُ من المتعة)) اهـ. ونقَلَ نحوَهُ في "البحر"[٥] عن "الولوالجيَّة"[٦] و"المحيط"، واعتَرَضَ به على ما مَرَّ[٧] من إيجابِ المسمَّى: ((بأنَّ الهديَّةَ والإكرامَ مجهولتان، ولا يمكنُ الوفاءُ بالمجهول، بل تَفسُدُ التَّسمية، فيجبُ مهرُ المثل)).

وقد أَجَبْتُ عنه فيما علَّقتُهُ على "البحر"[٨] بما حاصلُهُ: ((أنَّه يمكنُ حملُ ما في "الاختيار" على ما إذا لم يُكرِمْها، أمَّا إذا أكرَمَها فلها المسمَّى، وهذا عينُ ما حَمَلَ عليه في "المبسوط" كلامَ "محمَّدٍ"، ومشى عليه في "الهداية" و"غاية البيان" و"البدائع" كما مَرَّ[٩]، وجهالةُ الهديَّةِ والإكرامِ

---

(١) المقولة [١٢٠٧٢] قوله: ((الأولى إلخ)).

(٢) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٨/١.

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما بيان ما يسقط به نصف المهر ٢٩٧/٢.

(٤) "الاختيار": فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير ١٠٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٣/٣.

(٦) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل في النكاح والرسالة والمهر ق٥٠/أ.

(٧) في المقولة نفسها.

(٨) انظر حاشية "منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٧٢/٣-١٧٣.

(٩) في المقولة نفسها.

....

ترتفعُ بعد وجودها، والظَّاهرُ ـ كما في "النَّهر"[١] ـ أنَّه يكفي هنا أدنى ما يُعَدُّ إكراماً وهديَّةً)) اهـ.
فإذا لم يُكرِمْها بشيءٍ بَقِيَت التَّسميةُ مجهولةً لعدمِ رضا المرأة بالألفِ وحدَهُ، فيجبُ مهرُ المثل، وكذا إذا طَلَّقَها قبل الدُّخولِ تقرَّرَ الفسادُ، فوَجَبَتِ المُتعةُ كما هو الحكمُ عند عدم التَّسميةِ أو عند فسادها، وإنَّما أطلَقَ في "البدائع" لُزُومَ نصفِ الألف لأنَّه في العادة أكثرُ من المُتعةِ كما علمتَهُ من كلامِ "الاختيار"، وهو نظيرُ ما مَرَّ[٢] في مسألةِ الأَوكَسِ.

فقد حصَلَ بما ذكرنا التَّوفيقُ بين كلامهم، ويتعيَّنُ حملُ ما في "الخانيَّة"[٣] عليه أيضاً، وذلك بأنْ يُقيَّدَ بما إذا كان مهرُ مثلِها عشرةَ دراهمَ و لم يَدفَعْ لها ثوباً، فحينئذٍ تجبُ لها العشرةُ؛ لأنَّها مهرُ المثل، وهو الواجبُ عند فساد التَّسميةِ، وتجبُ المتعةُ بالطَّلاق قبل الدُّخول، وأمَّا دعوى "الرَّمليِّ" إلغاءَ ذكرِ الثَّوب لجهالتِهِ فلا تصحُّ؛ لأنَّ جهالةَ الإكرامِ والهديَّةِ أفحشُ من جهالةِ الثَّوب؛ لأنَّ الإكرام تحتَهُ أجناسُ الثِّيابِ والحيوانِ والعُرُوضِ والعقارِ والنُّقودِ والمَكِيلِ والموزون، ومع هذا لم يُلغُوه، فعدمُ إلغاءِ الثَّوبِ بالأَولى، وأيضاً يُشكِلُ على إلغائِهِ اعتبارُ المتعة، وعلى ما قرَّرناهُ لا إشكالَ، والله أعلم بحقيقةِ الحال.

مطلبٌ: مسألةُ دراهمِ النَّقشِ والحمَّامِ ولُفافةِ الكتاب ونحوِها

ونظيرُ ما في "الخانيَّة" ما هو معروفٌ بين النَّاس في زماننا من أنَّ البِكْرَ لها أشياءُ زائدةٌ على المهر، منها ما يُدفَعُ قبل الدُّخولِ كدراهمَ للنَّقشِ والحمَّامِ، وثوبٍ يُسمَّى لُفافةَ الكتاب، وأثوابٍ أُخَرَ يُرسِلُها الزَّوجُ ليدفعَها [٣/ق١٠٣/ب] أهلُ الزَّوجةِ إلى القابلةِ، وبَلاَّنةِ الحمَّام ونحوِها، ومنها ما يُدفَعُ بعد الدُّخولِ كالإزارِ والخُفِّ والمُكعَّبِ وأثوابِ الحمَّامِ، وهذه مألوفةٌ معروفةٌ[٤] بمنزلةِ

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٢/ب.

(٢) المقولة [١٢٠٩٥] قوله: ((وجبت المتعة)).

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٢/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) ((معروفة)) ساقطة من "الأصل".

....

المشروط عُرْفاً، حتّى لو أرادَ الزَّوجُ أنْ لا يَدفَعَ ذلك يُشترَطُ نَفْيُهُ وقتَ العَقْدِ، أو يُسمِّي في مقابلتِهِ دراهمَ معلومةً يَضُمُّها إلى المهرِ المسمَّى في العَقْدِ، وقد سُئِلَ عنها في "الخيريَّة"[١]، فأجابَ بما حاصلُهُ: ((أنَّ المقرَّرَ في الكتب من أنَّ المعروفَ كالمشروط يُوجِبُ إلحاقَ ما ذُكِرَ بالمشروطِ، فإنْ عُلِمَ قَدْرُهُ لَزِمَ كالمهر، وإلاَّ وجَبَ مهرُ المثل لفسادِ التَّسميةِ إنْ ذُكِرَ أنَّه من المهرِ، وإنْ ذُكِرَ أنَّه[٢] على سبيلِ العِدَةِ فهو غيرُ لازمٍ بالكلِّيَّة، والذي يظهرُ الأخيرُ، وما في "الخانيَّة" صريحٌ فيه))، ثمَّ ذكَرَ عبارةَ "الخانيَّة" المارَّةَ[٣] وما تقدَّمَ[٤] من اعتراضِهِ على "البحر"، وأنت خبيرٌ بأنَّ هذه المذكوراتِ تُعتبَرُ في العُرفِ على وجهِ اللُّزومِ على أنَّها من جملةِ المهرِ، غيرَ أنَّ المهر منه ما يُصرَّحُ بكونِهِ مهراً، ومنه ما يُسكَتُ عنه بناءً على أنَّه معروفٌ لا بدَّ من تسليمِهِ، بدليلِ أنَّه عند عدمِ إرادة تسليمِهِ لا بدَّ من اشتراطِ نفيهِ أو تسميةِ ما يُقابلُهُ كما مَرَّ[٥]، فهو بمنزلةِ المشروطِ لفظاً، فلا يصحُّ جعلُهُ عِدَةً وتبرُّعاً، وكونُ كلام "الخانيَّة" صريحاً فيه قد علمتَ ما يُناقِضُهُ ويُنافيه، وقد رأيتُ في "الملتقط" التَّصريحَ بلزومِهِ كما قلنا، حيث ذكَرَ في مسألةِ مَنْعِ المرأة نفسَها حتَّى تقبضَ المهر فقال: ((ثمَّ إنْ شرَطَ لها شيئاً معلوماً من المهرِ مُعجَّلاً، فأوفاها ذلك ليس لها

(قولُهُ: وقد رأيتُ في "المُلْتقَط" التَّصريحَ بلُزُومِهِ إلخ) عبارةُ "المُلْتقَط" على ما نقلَهُ عنه في "الأشباه": ((ثمَّ إنْ شرَطَ لها شيئاً معلومًا من المهْرِ مُعجَّلاً فأوفاها ذلك ليس لها أنْ تمنعَ، وكذا المَشرُوطُ عادةً، نحو: الخُفِّ، والمُكعَّب، وديباجِ اللُّفافة، ودراهمِ السُّكَّر، على ما عُرِفَ بـ"سمَرْقَند"، وإنْ شرَطُوا أنْ لا يَدْفعَ شيئاً من ذلك لا يجبُ، وإنْ سَكتُوا لا يجبُ إلاَّ ما صَدَقَ العُرْفُ عليه من غير تَردُّدٍ في الإعطاء لِمِثْلِها من مِثْلِه إلخ))، فتأمَّل.

---

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٣٠.

(٢) ((أنه)) ليست في "الأصل" و"ب" و"م".

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) في المقولة نفسها.

(٥) في المقولة نفسها.

ووسطُ العبيدِ في زماننا الحبشيُّ..........................

أنْ تَمنَعَ نفسَها، وكذلك المشروطُ عادةً كالخُفِّ والمُكعَّبِ وديباجِ اللِّفافةِ ودراهمِ السُّكَّرِ على ما هو عادةُ أهلِ سمرقند، وإنْ شَرَطُوا أنْ لا يُدفَعَ شيءٌ من ذلك لا يجبُ، وإنْ سَكَتُوا لا يجبُ إلاَّ مَن صَدَّقَ العرفَ من غيرِ تَرَدُّدٍ في الإعطاءِ لمثلِها من مثلِهِ، والعرفُ الضَّعيفُ لا يُلحِقُ المسكوتَ ٢/٣٤٩ عنه بالمشروطِ)) اهـ، ثمَّ رأيتُ "المصنِّفَ" أفتى به في "فتاويه"[1].

وحاصلُهُ: أنَّ ذلك إنْ صُرِّحَ باشتراطِهِ لَزِمَ تسليمُهُ، وكذا إنْ سُكِتَ عنه وكان العرفُ به مشهوراً معلوماً عند الزَّوجِ، ولا يخفى أنَّ هذا لو كان تبرُّعاً وعِدَةً لم يكن لها مَنْعُ نفسِها لقبضِهِ ولا المطالبةُ به، وكذا لو كان لازماً مُفسِداً للتَّسميةِ، [٣/ق١٠٤/أ] بل ينبغي أنْ يقالَ: إنَّه بمنزلةِ اشتراطِ الهديَّةِ والإكرامِ ترتفعُ الجهالةُ بدفعِهِ، فيجبُ المسمَّى دون مهرِ المثلِ، أو يقالَ ـ وهو الأقربُ ـ: إنَّ ذلك من قَبيلِ معلومِ النَّوعِ مجهولِ[2] الوصفِ كالفَرَسِ والعبدِ، فإنَّ التَّفاوُتَ في ذلك يسيرٌ في العُرفِ، فمِثلُ اللِّفافةِ يُعرَفُ نوعُها أنَّها من القَصَبِ والحريرِ أو من القطنِ والحريرِ باعتبارِ الفقرِ والغِنى وقِلَّةِ المهرِ وكثرتِهِ، وكذا باقي المذكوراتِ، فيُعتبَرُ الوسطُ من كلِّ نوعٍ منها، فهذا ما تحرَّرَ لي في هذا المقامِ، الذي كَثُرَتْ فيه الأوهامُ، وزَلَّتِ الأقدامُ، فاحفظه فإنَّه مهمٌّ والسَّلامُ.

[١٢١٠٤] (قولُهُ: ووسطُ العبيدِ في زماننا الحبشيُّ) وأمَّا أعلاه فالرُّوميُّ، وأدناه الزِّنجيُّ، كذا في "البحر"[3] و"النَّهر"[4] و"المنح"[5]، ذكروا أنَّ ذلك عرفُ القاهرة، وذكرَ السَّيِّدُ "أبو السُّعود"[6]: ((أنَّ الحبشيَّ في عُرفنا لا يجبُ إلاَّ بالتَّنصيص؛ لأنَّ العبد متى أُطلِقَ لا يَنصرِفُ إلاَّ للأسودِ،

---

(١) ((ثم رأيت المصنف أفتى به في فتاويه)) ساقط من "الأصل".

(٢) في "ب": ((مجول))، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٧٥ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٣/أ.

(٥) "المنح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٢٥/ب.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٥٨.

(وإنْ أمهَرَها العبدين و) الحالُ أنَّ (أحدَهما حرٌّ فمهرُها العبدُ) عند الإمامِ (إنْ ساوَى أقلَّهُ) أي: عشرةَ دراهمَ (وإلاَّ كَمَّلَ لها العشرةَ) لأنَّ وجوبَ المسمَّى وإنْ قلَّ يَمنَعُ مهرَ المثلِ، وعند "الثاني" لها قيمةُ الحرِّ لو عبداً،..........................

فإذا اقْتُصِرَ على ذكرِ العبدِ وجَبَ الوسطُ من السُّودان)) اهـ.

قلت: والعبدُ في عُرف الشَّام لا يَشمَلُ الرُّوميَّ؛ لأنَّه يُسمَّى مملوكاً، بل يَشمَلُ الحبشيَّ والزِّنجيَّ، وكذا الجاريةُ، والرُّوميَّةُ تُسمَّى سُرِّيَّةً، وعليه فالوسطُ أعلى الزِّنجيِّ.

[١٢١٠٥] (قولُهُ: وإنْ أمهَرَها العبدين إلخ) أراد بالعبدين الشَّيئين الحلالين، وبالحرِّ أنْ يكونَ أحدُهما حراماً، فدخَلَ فيه ما إذا تَزَوَّجَها على هذا العبدِ وهذا البيتِ فإذا العبدُ حُرٌّ، أو على مذبوحتين فإذا إحداهما ميتةٌ كما في "شرح الطَّحاويِّ"، "بحر"(١).

[١٢١٠٦] (قولُهُ: أقلَّهُ) أي: أقلَّ المهر.

[١٢١٠٧] (قولُهُ: يَمنَعُ مهرَ المثلِ) جوابٌ عن قولِ "محمَّدٍ" ـ وهو روايةٌ عن "الإمام" ـ: لها العبدُ الباقي وتمامُ مهرِ مثلِها إنْ كان مهرُ مثلِها(٢) أكثرَ منه.

[١٢١٠٨] (قولُهُ: لها قيمةُ الحرِّ لو عبداً) أي: لها مع العبدِ الباقي قيمةُ الحُرِّ لو فُرِضَ كونُهُ عبداً.

(قولُ "المُصنِّفِ": وإنْ أَمْهَرها العَبدَيْن والحالُ أنَّ أحدَهُما حُرٌّ فمهرُها العَبْدُ عند الإمام إنْ ساوَى إلخ) لـ"أبي حنيفةَ" أنَّ الإشارةَ مُعتبرةٌ فصار كأنَّه قال: تزوَّجْتُكِ على هذا العَبْدِ، وعلى هذا الحُرِّ، ولـ"أبي يوسف" أنَّهما لو ظهَرَا حُرَّيْن وجبَتْ قيمتُهُما عنده فكذا إذا ظهَرَ أحدُهُما حُرّاً اعتباراً للبعض بالكُلِّ، ولـ"محمَّدٍ" أنَّهما لو كانا حُرَّيْن يجبُ مهْرُ المِثْلِ عنده فكذا إذا كان أحدُهُما حُرّاً اهـ "مُنلاَ علي قاري".

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٠.

(٢) ((إن كان مهر مثلها)) ساقط من "الأصل".

ورجَّحَهُ "الكمال"، كما لو استُحِقَّ أحدُهما.

(ويجبُ مهرُ المثلِ في نكاحٍ فاسدٍ) وهو الذي فَقَدَ شرطاً من شرائطِ الصِّحَّة كشهودٍ

[١٢١٠٩] (قولُهُ: ورجَّحَهُ "الكمال"[١]) والمتونُ على قولِ "الإمام"، وفي "القهستانيِّ"[٢] عن "الخانيَّة"[٣]: ((أنَّه ظاهرُ الرِّواية)).

[١٢١١٠] (قولُهُ: كما لو استُحِقَّ أحدُهما) أي: أحدُ العبدينِ المسمَّيين، فإنَّ لها الباقيَ وقيمةَ المُستحَقِّ، ولو استُحِقَّا جميعاً فلها قيمتُهما، وهذا بالإجماع كما في "شرح الطَّحاويِّ"، "بحر"[٤].

مطلبٌ في النِّكاح الفاسد

[١٢١١١] (قولُهُ: في نكاحٍ فاسدٍ) وحكمُ الدُّخولِ في النِّكاحِ الموقوفِ كالدُّخولِ في الفاسد، فيَسقُطُ الحدُّ ،ويثبُتُ النَّسبُ، ويجبُ الأقلُّ من المسمَّى ومن مهرِ [٣/ق١٠٤/ب] المثل خلافاً لِما في "الاختيار"[٥] من كتاب العِدَّة، وتمامُهُ في "البحر"[٦]، وسنذكرُ[٧] في العِدَّةِ التَّوفيقَ بين ما في "الاختيار" وغيره.

[١٢١١٢] (قولُهُ: وهو الذي إلخ) بخلافِ ما لو شرَطَ شرطاً فاسداً كما لو تَزَوَّجَتْهُ على أنْ لا يطَأَها، فإنَّه يصحُّ النِّكاحُ ويَفسُدُ الشَّرطُ، "رحميّ".

[١٢١١٣] (قولُهُ: كشهُودٍ) ومثلُهُ تَزَوُّجُ الأختين معاً، ونكاحُ الأخت في عِدَّةِ الأختِ، ونكاحُ المعتدَّةِ، والخامسةِ في عِدَّةِ الرَّابعة، والأَمَةِ على الحرَّةِ، وفي "المحيط": ((تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ مسلمةً فُرِّقَ بينهما؛ لأنَّه وقَعَ فاسداً)) اهـ. فظاهِرُهُ أنَّهما لا يُحدَّان وأنَّ النَّسب يَثبُتُ فيه والعِدَّةُ إنْ دخَلَ، "بحر"[٨].

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤١.

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل المهر ١/٢٨٨.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ١/٣٧٧.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٠.

(٥)"الاختيار": كتاب الطلاق ـ باب العدة ٣/١٧٣.

(٦) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨١.

(٧) المقولة [١٥٣٢٢] قوله: ((لكن الصواب إلخ)).

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨١.

....

قلت: لكنْ سيذكرُ[١] "الشَّارح" في آخرِ: فصلٌ في ثُبوتِ النَّسب عن "مجمع الفتاوى": ((نكَحَ كافرٌ مسلمةً فولَدَتْ منه لا يَثبُتُ النَّسبُ منه، ولا تجبُ العِدَّةُ؛ لأنَّه نكاحٌ باطلٌ)) اهـ. وهذا صريحٌ، فيُقدَّمُ على المفهوم، فافهم.

ومقتضاه الفَرْقُ بين الفاسدِ والباطلِ في النِّكاح، لكنْ في "الفتح"[٢] قبيل التَّكلُّم على نكاحِ المتعة: ((أنَّه لا فَرْقَ بينهما في النِّكاح بخلاف البيع))، نعم في "البزَّازيَّة"[٣] حكايةُ قولين في أنَّ نكاح المحارم باطلٌ أو فاسدٌ، والظَّاهرُ أنَّ المراد بالباطل ما وجودُهُ كعدمِهِ، ولذا لا يَثبُتُ النَّسبُ ولا العِدَّةُ في نكاحِ المحارمِ أيضاً كما يُعلَمُ ممَّا سيأتي[٤] في الحدود، وفسَّرَ "القهستانيُّ"[٥] هنا الفاسدَ بالباطلِ، ومثَّلَهُ بنكاحِ المحارمِ وبإكراهٍ من جهتِها أو بغيرِ شهودٍ إلخ، وتقييدُهُ الإكراهَ بكونِهِ من جهتِها قدَّمنا[٦] الكلامَ عليه أوَّلَ النِّكاح قبيل قوله: ((وشُرِطَ حضورُ شاهدين))، وسيأتي[٧] في باب العِدَّةِ أنَّه لا عِدَّةَ في نكاحٍ باطلٍ، وذكَرَ في "البحر"[٨] هناك عن "المجتبى": ((أنَّ كلَّ نكاحٍ اختلَفَ العلماءُ في جوازِهِ كالنِّكاح بلا شهودٍ فالدُّخولُ فيه مُوجِبٌ للعِدَّة، أمَّا نكاحُ منكوحةِ الغير ومُعتدَّتِهِ فالدُّخولُ فيه لا يُوجِبُ العِدَّةَ إنْ عَلِمَ أنَّها للغيرِ؛ لأنَّه لم يَقُلْ أحدٌ بجوازِهِ، فلم يَنعقِدْ أصلاً))، قال: ((فعلى هذا يُفرَّقُ بين فاسدِهِ وباطلِهِ في العِدَّة، ولهذا يجبُ الحَدُّ مع العلم بالحرمة؛ لأنَّه زنا كما في "القنية"[٩] وغيرِها)) اهـ.

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٧٠١] قوله: ((لأنَّه نكاح باطل)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ فصل: في بيان المحرمات ١٤٧/٣.

(٣) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث عشر في نكاح فاسد ١٤٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٨٥١٠] قوله: ((لكن في "القهستاني" إلخ)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل المهر ٢٨٨/١.

(٦) المقولة [١١٢٠٧] قوله: ((ليتحقق رضاهما)).

(٧) المقولة [١٥٣٢٠] قوله: ((فلا عدة في باطل)).

(٨) "البحر": كتاب الطلاق ـ باب العدة ١٥٦/٤.

(٩) "القنية": كتاب الطلاق ـ باب العدة ق٤٤/ب بتصرف.

(بالوطءِ) في القُبُل (لا بغيرِهِ) كالخلوةِ[1]؛ لحرمةِ وطئِها.......................

والحاصل: أنَّه لا فَرْقَ بينهما في غيرِ العِدَّة، أمَّا فيها فالفَرْقُ ثابتٌ، وعلى هذا فيُقيَّدُ قولُ "البحر"[2] هنا: ((ونكاحُ المعتدَّة)) بما إذا لم يَعلَمْ بأنَّها مُعتدَّةٌ، لكنْ يَرِدُ على ما في "المجتبى" مثلُ نكاحِ الأختين معاً، فإنَّ الظَّاهر أنَّه لم يَقُلْ أحدٌ بجوازِهِ، ولكنْ لِيُنظَرْ[3] وجهُ التَّقييدِ بالمعيَّةِ، والظَّاهرُ [٣/ق١٠٥/أ] أنَّ المعيَّةَ في العَقْدِ لا في مِلكِ المتعة؛ إذ لو تأخَّرَ أحدُهما عن الآخرِ فالمتأخِّرُ باطلٌ قطعاً.

٣٥٠/٢ [١٢١١٤] (قولُهُ: في القُبُلِ) فلو في الدُّبُرِ لا يَلزَمُهُ مهرٌ؛ لأنَّه ليس بمحلِّ النَّسْلِ كما في "الخلاصة"[4] و"القنية"[5]، فلا يجبُ بالمسِّ والتَّقبيلِ بشهوةٍ شيءٌ بالأَولى كما صرَّحوا به أيضاً، "بحر"[6].

[١٢١١٥] (قولُهُ: كالخلوةِ) أفاد أنَّه لا يجبُ المهرُ بمجرَّدِ العَقْدِ الفاسدِ بالأَولى.

[١٢١١٦] (قولُهُ: لحرمةِ وطئِها) أي: فلم يَثبُتْ بها التَّمكُّنُ من الوطءِ، فهي غيرُ صحيحةٍ كالخلوةِ بالحائض، فلا تُقامُ مُقامَ الوطء، وهذا معنى قولِ المشايخ: الخلوةُ الصَّحيحةُ في النِّكاحِ الفاسدِ كالخلوةِ الفاسدة في النِّكاحِ الصَّحيح، كذا في "الجوهرة"[7]، وفيه مُسامحةٌ لفسادِ الخلوة، "بحر"[8].

والظَّاهرُ أنَّهم أرادوا بالصَّحيحةِ هنا الخاليةَ عمَّا يَمنَعُها أو يُفسِدُها من وجودِ ثالثٍ أو صومٍ أو صلاةٍ أو حيضٍ ونحوِهِ مما سوى فسادِ العَقْد، لظُهُورِ أنَّه غيرُ مُرادٍ، وهذا سببُ المسامحة،

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لا بغيره كالخلوة، قال في "التكملة": الخلوةُ لا توجب العدَّة ولا كمال المهر إلا في النكاح الصحيح، ومتى وجب كمالُ المهر وجبت العدَّة، ومتى وجب نصفُ المهر أو المتعةُ لم تجب العدَّة، انتهى)). ق١٦٣/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨١/٣.

(٣) في "الأصل": ((ينظر)).

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث عشر: في النكاح الفاسد ق٨٤/أ.

(٥) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في النكاح الفاسد ق٣٤/ب معزياً إلى "الشامل".

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٢/٣.

(٧) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨١/٣.

(و لم يُزَدْ) مهرُ المثلِ (على المسمَّى) لرضاها بالحطِّ، ولو كان دونَ المسمَّى لَزِمَ مهرُ المثلِ؛ لفسادِ التَّسميةِ بفسادِ العقدِ، ولو لم يُسَمَّ أو جُهِلَ لَزِمَ بالغاً ما بلَغَ (و) يثبُتُ (لكلٍّ واحدٍ منهما فسخُهُ ولو بغيرِ مَحضَرٍ من صاحبِهِ دخَلَ بها أوْ لا)..........

وفيه مسامحةٌ أخرى، وهي أنَّ الخلوة في النِّكاح الفاسد لا تُوجبُ العِدَّةَ كما قدَّمناه[1] عن "الفتح"، مع أنَّ الفاسدة في النِّكاح الصَّحيح تُوجبُها كما مرَّ[2] أنَّه المذهب.

[١٢١١٧] (قولُهُ: و لم يُزَدْ مهرُ المثلِ إلخ) المرادُ بمهرِ المثل ما يأتي[3] في المتن، بخلافِ مهرِ المثل الواجبِ بالوطءِ بشبهةٍ بغيرِ عَقْدٍ، فإنَّ المراد به غيرُهُ كما نَصَّ عليه في "البحر"[4]، ويأتي[5] بيانُهُ، فافهم.

هذا، وفي "الخانيَّة"[6]: ((لو تَزَوَّجَ مَحرَمَهُ[7] لا حَدَّ عليه عند "الإمام"، وعليه مهرُ مثلِها بالغاً ما بلَغَ)) اهـ. فهي مستثناةٌ، إلاَّ أنْ يقال: إنَّ نكاح المحارم باطلٌ لا فاسدٌ على ما مَرَّ[8] من الخلاف، ويكون ذلك ثمرةَ الاختلاف وبياناً لوَجْهِ الفَرْق بينهما كما أشار إليه في "البحر"[9].

[١٢١١٨] (قولُهُ: لرِضاها بالحَطِّ) لأنَّها لَمَّا لم تُسَمِّ الزِّيادةَ كانَتْ راضيةً بالحطِّ مُسقِطةً

(قولُهُ: لأنَّها لَمَّا لم تُسمِّ الزِّيادةَ كانَتْ راضيةً بالحطِّ مُسْقطةً حقَّها فيها إلخ) والحطُّ لا يحتاجُ إلى قبولٍ، ولا يفسُدُ بفساد التَّسمية اهـ "سنديّ".

---

(١) المقولة [١٢٠٥١] قوله: ((في الكل.. إلخ)).

(٢) "در" صـ٤١٥ـ.

(٣) "در" صـ٤٥٨ـ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) المقولة [١٢١٥٠] قوله: ((مهر مثلها)).

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٣/١ بتصرف.

(٧) في "آ": ((محرمة))، وهو خطأ.

(٨) المقولة [١٢١١٣] قوله: ((كشهود)).

(٩) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٣/٣ بتصرف.

في الأصحِّ خروجاً عن المعصيةِ، فلا يُنافي وجوبَهُ، بـل يجـبُ علـى القـاضي التَّفريـقُ بينهما..

حقَّها فيها، لا لأجلِ أنَّ التَّسمية صحيحةٌ من وجـهٍ؛ لأنَّ الحقَّ أنَّهـا فاسـدةٌ مـن كـلِّ وجـهٍ لوقوعِها في عَقْدٍ فاسدٍ، ولهذا لو كان مهرُ المثـل أقـلَّ مـن المسـمَّى وجَـبَ مهـرُ المثـل فقـط، وظاهرُ كلامِهِم أنَّ مهرَ المثل لو كان أقلَّ من العشرةِ فليس لها غيرُهُ بخلاف النِّكاحِ الصَّحيحِ إذا وجَبَ فيه مهرُ المثل[١]، فإنَّه لا يَنقُصُ عن عشـرةٍ، "بحر"[٢]، ومثلُـهُ في "النَّهـر"[٣]. وفيـه نظرٌ، فإنَّ مهر مثلِها المعتبَرَ بقـومِ أبيهـا كيـف يكـونُ أقـلَّ مـن العشـرةِ مـع أنَّ العشـرةَ أقـلُّ الواجبِ في المهرِ شرعاً؟! فتأمَّل.

[١٢١١٩] (قولُهُ: في الأصحِّ) وقيل: بعدَ الدُّخولِ ليس لأحدِهمـا فسـخُهُ إلاَّ بحضرةِ الآخـرِ كما في "النَّهر"[٤] وغيرِهِ، "ح"[٥].

[١٢١٢٠] (قولُهُ: فلا يُنافي وجوبَهُ) قـال في "النَّهـر"[٦]: ((وقـولُ[٣/ق١٠٥/ب] "الزَّيلعيِّ"[٧]: ولكلٍّ منهما فسخُهُ بغيرِ مَحضَرٍ من صاحبِهِ لا يُريدُ به عدمَ الوجوب ـ إذ لا شكَّ في أنَّـه خـروجٌ من المعصية، والخروجُ منها واجبٌ ـ بل إفـادةَ أنَّـه أمرٌ ثـابتٌ لـه وحـدَهُ)) اهـ "ح"[٨]. وضميرُ ((يُنافي)) لتعبيرِ "المصنِّف" باللاَّم في قوله: ((ولكلٍّ))، وضميرُ ((وحدَهُ)) لـ ((كـلٍّ))، أي: يَثبُـتُ لكلٍّ منهما وحدَهُ.

[١٢١٢١] (قولُهُ: بل يجبُ على القاضي) أي: إنْ لم يتفرَّقا.

---

(١) من ((فقط)) إلى ((المثل)) ساقط من "آ".
(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٣/٣ بتصرف.
(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/أ بتصرف.
(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/ب بتصرف.
(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب ـ ١٦٥/أ.
(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٤/ب.
(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٢/٢.
(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(وتجبُ العِدَّةُ) بعد الوطءِ لا الخلوةِ..........................

[١٢١٢٢] (قولُهُ: وتجبُ العِدَّةُ) ظاهرُ كلامهم وجوبُها من وقتِ التَّفريقِ قضاءً وديانةً، وفي "الفتح"[(١)]: ((يجبُ أنْ يكونَ هذا في القضاء، أمَّا إذا عَلِمَتْ أنَّها حاضَتْ بعد آخرِ وطءٍ ثلاثاً ينبغي أنْ يَحِلَّ[(٢)] لها التَّزوُّجُ فيما بينها وبين الله تعالى على قياسِ ما قدَّمنا[(٣)] من نقلِ "العتَّابيِّ")) اهـ.

ومحلُّهُ فيما إذا فُرِّقَ بينهما، أمَّا إذا حاضَتْ ثلاثاً من آخرِ وطءٍ ولم يُفارِقْها فليس لها التَّزوُّجُ اتِّفاقاً كما أشار إليه في "غاية البيان"، وظاهرُ "الزَّيلعيِّ" يُوهِمُ خلافَهُ، "بحر"[(٤)].

[١٢١٢٣] (قولُهُ: بعدَ الوطءِ لا الخلوةِ) أي: لا تجبُ بعد الخلوةِ المجرَّدةِ عن وطءٍ، ووجوبُ العِدَّةِ بعدَ الخلوةِ ولو فاسدةً إنما هو في النِّكاحِ الصَّحيح، وفي "البحر"[(٥)] عن "الذَّخيرة": ((ولو اختلَفا في الدُّخولِ فالقولُ له، فلا يَثبُتُ شيءٌ من هذه الأحكامِ)) اهـ.

(قولُهُ: وظاهرُ "الزَّيلعيِّ" يُوهِمُ خلافَه) عبارتُه: ((ويُعتبرُ ابتداؤُها من وقت التَّفريق، وقال "زُفَرُ": من آخرِ الوَطَآتِ، واختاره "أبو القاسم الصَّفَّارُ"، حتَّى لو حاضَتْ ثلاثَ حِيَضٍ من آخرِ الوَطَآتِ قبلَ التَّفريقِ فقد انقضت)) اهـ. وما قاله في "البحر" نظَرَ فيه في "النَّهر" حيثُ قال بعد عبارته الَّتي نقَلَها "المحشِّي" عنه: ((وفيه نظرٌ ولم يبيِّنْ وجهَهُ، وكأنَّ وجهَهُ: أنَّ عباراتِهم كعبارة "الزَّيلعيِّ" تُفيدُ أنَّ "زُفَرَ" يَعتبرُ ابتداءَ العِدَّة من آخرِ وَطْءٍ، وعبارةُ "الزَّيلعيِّ" كادت أنْ تكونَ صريحةً في ذلك، وحينئذٍ فلا يُعملُ بإشارة "الغاية" وعبارةِ "غاية البيان"، ويَعتبرُ ابتداء العدَّة من وقْتِ التَّفريقِ، وقال "زُفَرُ": من آخرِ ما وَطِئَها حتَّى لو حاضَتْ بعد الوَطْءِ قبلَ التَّفريقِ ثلاثَ حِيَضٍ ثمَّ وُجدَ التَّفريقُ تنقضي العِدَّةُ عنده)) اهـ. ومعلومٌ أنَّ تفريعَ صُورةٍ جُزْئيَّةٍ على كُلِّيٍّ لا يُخصِّصُه ـ وما ذكرُوهُ من تعليله بأنَّ المُؤثِّرَ في إيجابِها عندَه الوَطْءُ لا العَقْدُ فيُعتبَرُ فيها آخِرُ الوَطْءِ اهـ ـ يُفيدُ التَّعميمَ أيضاً.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤٥.

(٢) في "م": ((يحِل))، وهو خطأ.

(٣) المقولة [١٢٠٥٠] قوله: ((وتجب العدة)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٤ـ١٨٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٤.

للطَّلاقِ لا للموتِ.......................................

وفيه[1] عن "الفتح"[2]: ((ولو كانت هذه المرأةُ الموطوءةُ أختَ امرأتِهِ حَرُمَتْ عليه امرأتُهُ إلى انقضاءِ عِدَّتِها)).

[١٢١٢٤] (قولُهُ: للطَّلاقِ) متعلِّقٌ بمحذوفٍ حالٍ من ((العِدَّةُ))، وقولُهُ: ((لا للموتِ)) عطفٌ عليه، والمرادُ أنَّ الموطوءة بنكاحٍ فاسدٍ ـ سواءٌ فارَقَها أو ماتَ عنها ـ تجبُ عليها العِدَّةُ التي هي عِدَّةُ طلاقٍ ـ وهي ثلاثُ حِيَضٍ ـ لا عِدَّةُ موتٍ وهي أربعةُ أشهرٍ وعشرٌ، وهذا معنى قولِ "المنح"[3] و"البحر"[4]: ((والمرادُ بالعِدَّةِ هنا عِدَّةُ الطَّلاقِ، وأمَّا عِدَّةُ الوفاةِ فلا تجبُ عليها من النِّكاحِ الفاسد)) اهـ.

ولا يصحُّ تعلُّقُ قولِهِ: ((للطَّلاقِ)) بقولِهِ: ((تجبُ))؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يتحقَّقُ في النِّكاحِ الفاسدِ، بل هو متاركةٌ كما في "البحر"[5]، وكذا لا يصحُّ أنْ يُرادَ بقولِهِ: ((لا للموتِ)) موتُ الرَّجُلِ قبل الوطءِ ليفيدَ أنَّه لو ماتَ بعده تجبُ عِدَّةُ الموتِ؛ لِما علمتَ من إطلاقِ عبارة "البحر" و"المنح": ((أنَّها لا تجبُ في النِّكاحِ الفاسدِ))، ولِما سيأتي[6] في باب العِدَّة: ((من أنَّها تجبُ

(قولُهُ: لأنَّ الطَّلاقَ لا يتحقَّقُ في النِّكاحِ الفاسدِ بل هو مُتارَكةٌ إلخ) وأجابَ "ح" بأنَّ الطَّلاقَ قد يُرادُ به المُتارَكةُ، كما سيأتي في باب نكاح الرَّقيق في: ((طلِّقْها أو فارِقْها)) اهـ "ط". وقد يُجابُ عن "الحلبيِّ" في قوله: ((ليفيد)) أنَّه لو مات بعدَه تجبُ عدَّةُ الموتِ بأنَّه أراد بها عدَّةَ الموتِ في النِّكاحِ الفاسدِ وهي بالحِيَضِ لا بالأشهُرِ، ولم يُرِدْ بها عِدَّتَه بالأشهُرِ، تأمَّل.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٤.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤٥.

(٣) "المنح": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/ق ١٢٦/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٤.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٥.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٢٢٦] قوله: ((وكذا موطوءة بشبهة أو نكاحٍ فاسد)).

(من وقتِ التَّفريقِ) أو متاركةِ الزَّوجِ وإنْ لم تعلم المرأةُ بالمتاركةِ................

بثلاثِ حِيَضٍ كواملَ في الموطوءةِ بشبهةٍ أو نكاحٍ فاسدٍ في الموتِ والفُرقةِ)) اهـ، أي: إنْ كانَتْ تحيضُ، وإلاَّ فثلاثةُ أشهرٍ أو وضعُ الحمل، فافهم.

[١٢١٢٥] (قولُهُ: مِن وقتِ التَّفريقِ) أي: تفريقِ القاضي، ومثلُهُ التَّفرُّقُ، وهو [٣/ق١٠٦/أ] فسخُهما أو فسخُ أحدِهما، "ح"[1]. وهو متعلّقٌ بـ((تجبُ))، أي: لا من آخرِ الوطآت خلافاً لـ"زفر"، وهو الصَّحيحُ كما في "الهداية"[2]، وأقرَّهُ شُرّاحُها كـ"الفتح"[3] و"المعراج" و"غاية البيان"، وكذا صحَّحَهُ في "الملتقى"[4] و"الجوهرة"[5] و"البحر"[6]، ولا يخفى تقديمُ ما في هذه المعتبَراتِ على ما[7] في "مجمع الأنهر"[8] من تصحيحِ قول "زفر"، وعبارةُ "المواهب": ((واعتبَرنا العِدَّةَ من وقتِ التَّفريقِ لا من آخرِ الوطآت))، فافهم.

[١٢١٢٦] (قولُهُ: أو مُتارَكَةِ الزَّوجِ) في "البزَّازيَّة"[9]: ((المتاركةُ في الفاسدِ بعد الدُّخولِ لا تكونُ إلاَّ بالقولِ كـ: خلَّيْتُ سبيلَكِ أو تركتُكِ، ومجرَّدُ إنكارِ النِّكاحِ لا يكونُ مُتاركةً، أمَّا لو أنكَرَ وقال أيضاً: اذهبي وتَزَوَّجي كان مُتاركةً، والطَّلاقُ فيه متاركةٌ[10]، لكنْ لا يَنقُصُ به عددُ الطَّلاق، وعدمُ مجيءِ أحدِهما إلى الآخرِ بعد الدُّخول ليس متاركةً؛ لأنَّها لا تحصلُ إلاَّ بالقولِ، وقال صاحبُ "المحيط": وقبلَ الدُّخولِ أيضاً لا يتحقَّقُ إلاَّ بالقولِ)) اهـ.

٣٥١/٢

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(٢) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١١/١.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٥/٣.

(٤) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٠/١.

(٥) "الجوهرة النيرة": كتاب النكاح ٨٧/٢.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٤/٣.

(٧) في "د" زيادة: ((على ما نقله المحشيّ عن "مجمع الأنهر")) ق١٦٣/ب.

(٨) "مجمع الأنهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٥٦/١.

(٩) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث عشر: في نكاح فاسد ١٤٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) ((والطلاق فيه متاركة)) ساقط "آ".

في الأصحِّ..

وخَصَّ "الشَّارح" المُتارَكةَ بالزَّوج كما فعَلَ "الزَّيلعيُّ"[(١)]؛ لأنَّ ظاهرَ كلامِهم أنَّها لا تكونُ من المرأةِ أصلاً، مع أنَّ فسخ هذا النِّكاحِ يصحُّ من كلٍّ منهما بمَحضَرِ الآخرِ اتِّفاقاً، والفرقُ بين المتاركةِ والفسخِ بعيدٌ، كذا في "البحر"[(٢)]، وفرَّقَ في "النَّهر"[(٣)]: ((بأنَّ المتاركةَ في معنى الطَّلاق، فيَختَصُّ به الزَّوجُ، أمَّا الفسخُ فرَفْعُ العَقْدِ، فلا يَختَصُّ به وإنْ كان في معنى المتاركةِ))، ورَدَّهُ "الخيرُ الرَّمليُّ": ((بأنَّ الطَّلاق لا يتحقَّقُ في الفاسدِ، فكيف يقال: إنَّ المتاركة في معنى الطَّلاق؟! فالحقُّ عدمُ الفَرْقِ، ولذا جزَمَ به "المقدسيُّ" في "شرح نظم الكنز" إلخ))، وتمامُهُ فيما علَّقناه على "البحر"[(٤)]، وسيأتي[(٥)] قبيل باب الطَّلاق قبلَ الدُّخولِ عن "الجوهرة": ((طَلَّقَ المنكوحةَ فاسداً ثلاثاً له تَزَوُّجُها بلا مُحلِّلٍ))، قال: ((ولم يَحْكِ خلافاً))، فهذا أيضاً مُؤيِّدٌ لكونِ الطَّلاق لا يتحقَّقُ في الفاسد[(٦)]، ولذا كان غيرَ مُنقِصٍ للعددِ، بل هو متاركةٌ كما علمتَ، حتَّى لو طَلَّقَها واحدةً ثُمَّ تَزَوَّجَها صحيحاً عادَتْ إليه بثلاثِ طلقاتٍ.

[١٢١٢٧] (قولُهُ: في الأصحِّ) هذا أحدُ قولين مُصحَّحين، ورَجَّحَهُ في "البحر"[(٧)]، وقال:

(قولُهُ: وخَصَّ "الشَّارحُ" المُتارَكةَ بالزَّوج إلخ) الظَّاهرُ أنَّ إضافةَ ((مُتارَكة)) للزَّوج مِن إضافة المَصْدرِ لفاعلِهِ، أو مَفعُولِهِ باعتبارِ أنَّها مُفاعلَةٌ بين الزَّوجين، وإذا صدَرَتْ منهُما تكونُ للمفعول والفاعلِ بالاعتبارِ، ويدُلُّ لذلك اقتصارُهُم في التَّعبير عن التَّفرُّق بمُتارَكة الزَّوجِ، وحينئذٍ لا حاجةَ لزيادة "الحلَبيِّ" التفرُّقَ وهو فسْخُهُما أو فسْخُ أحدِهِما.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٣/٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٥/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/ب.

(٤) انظر حاشية "منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٥/٣.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٣٣٤٥] قوله: ((له تزوجها بلا محلل)).

(٦) في "ب": ((الفاسدا))، وهو خطأ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٥/٣ معزياً إلى "القنية".

(ويثبتُ النَّسَبُ) احتياطاً بلا دعوةٍ (وتُعتَبَرُ مُدَّتُهُ) وهي ستَّةُ أشهرٍ (من الوطء، فإنْ كانَتْ منه إلى الوضعِ أقلُّ مدَّةِ الحملِ) يعني: ستَّةَ أشهرٍ فأكثرَ (يثبُتُ) النَّسَبُ (وإلاَّ) بأنْ وَلَدَتْهُ لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ (لا) يثبُتُ، وهذا قولُ "محمَّدٍ"، وبه يُفتَى،...

((إنَّه اقتصرَ عليه "الزَّيلعيُّ"[1]))، والآخرُ أنَّه شرطٌ، حتَّى لو لم يُعلِمْها بها لا تَنقضِي عِدَّتُها.

[١٢١٢٨] (قولُهُ: ويَثبُتُ النَّسَبُ) أمَّا الإرثُ فلا يَثبُتُ فيه، وكذا النِّكاحُ الموقوفُ، "ط"[2] عن "أبي السُّعود"[3].

[١٢١٢٩] (قولُهُ: احتياطاً) أي: في إثباتِهِ لإحياءِ الولد، "ط"[4].

[١٢١٣٠] (قولُهُ: وتُعتَبَرُ مُدَّتُهُ) أي: ابتداءُ مُدَّتِهِ التي يَثبُتُ فيها.

[١٢١٣١] (قولُهُ: وهي ستَّةُ أشهرٍ) أي: فأكثرُ.

[١٢١٣٢] (قولُهُ: من الوطءِ)[٣/ق١٠٦/ب] أي: إذا لم تقع الفُرقةُ كما يأتي بيانه[5].

[١٢١٣٣] (قولُهُ: يعني: ستَّةَ أشهرٍ فأكثرَ) أشار إلى أنَّ التَّقديرَ بأقلِّ مُدَّةِ الحملِ إنما هو للاحترازِ عمَّا دونه لا عمَّا زادَ؛ لأنَّها لو وَلَدَتْهُ لأكثرَ من سنتين من وقتِ العَقْدِ أو الدُّخولِ ولم يُفارِقْها فإنَّه يَثبُتُ نَسَبُهُ اتِّفاقاً، "بحر"[6].

(قولُهُ: أمَّا الإرْثُ فلا يَثْبُتُ فيه إلخ) انظر عبارةَ "أبي السُّعُود" يتَّضِحْ لكَ المُرادُ بما نقلَهُ "ط" عنه، وعبارةُ "أبي السُّعود": ((ولا تَوارُثَ بين الزَّوجَيْن في الفاسدِ والموقُوفِ)) اهـ.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٣/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٠/٢.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٢/٢.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٠/٢.

(٥) المقولة [١٢١٣٤] قوله: ((وقالا إلخ)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٤/٣ بتصرف.

وقالا: ابتداءُ المدَّةِ من وقتِ العقدِ كالصَّحيح، ورجَّحَهُ في "النَّهر": ((بأنَّه أحوطُ))، ....

[١٢١٣٤] (قولُهُ: وقالا إلخ) تظهرُ فائدةُ الخلاف فيما إذا أَتَتْ بولدٍ لستَّةِ أشهرٍ من وقتِ العَقْدِ ولأقلَّ منها من وقتِ الدُّخول، فإنَّه لا يَثْبُتُ نَسَبُهُ على المفتَى به، "بحر"[١].

(تنبيهٌ)

ذكَرَ في "الفتح"[٢]: ((أنَّه يُعتبَرُ ابتداءُ المدَّةِ من وقتِ التَّفريق إذا وَقَعَتْ فُرقةٌ، وإلاَّ فمِن وقتِ النِّكاحِ أو الدُّخولِ على الخلاف))، واعترضَهُ في "البحر"[٣]: ((بأنَّه يَقتضِي أنَّها لو أَتَتْ به بعد التَّفريقِ لأكثرَ من ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ العَقْدِ أو الدُّخولِ، ولأقلَّ منها من وقتِ التَّفريقِ أنَّه لا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مع أنَّه يَثبُتُ))، وأجاب في "النَّهر"[٤]: ((بأنَّ اعتبارَ ابتداءِ المدَّةِ من وقتِ النِّكاحِ أو الدُّخولِ معناه نفيُ الأقلِّ كما مَرَّ، واعتبارُها من وقتِ التَّفريقِ معناه نفيُ الأكثرِ، حتَّى لو جاءَتْ به لأكثرَ من سنتين من وقتِ التَّفريقِ لا يَثْبُتُ النَّسَبُ)) اهـ، ومثلُهُ في "شرح المقدسيِّ".

والحاصلُ: أنَّه قبلَ التَّفريقِ يَثبُتُ النَّسَبُ ولو وَلَدَتْهُ بعد العَقْدِ أو الدُّخولِ لأكثرَ من سنتين كما مَرَّ[٥]، أمَّا بعدَ التَّفريقِ فلا يَثبُتُ إلاَّ إذا كان أقلَّ من سنتين من حينِ التَّفريقِ، بشرطِ أنْ لا يكونَ بين الولادةِ والعَقْدِ أو الدُّخولِ أقلُّ من ستَّةِ أشهرٍ.

[١٢١٣٥] (قولُهُ: ورجَّحَهُ في "النَّهر"[٦]) ترجيحُهُ لا يُعارِضُ قولَ صاحبِ "الهداية" وغيرِهِ: ((إنَّ الفتوى على قول "محمَّدٍ")).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٤/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٦/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٤/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/أ.

(٥) المقولة [١٢١٣٣] قوله: ((يعني: ستة أشهر فأكثر)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/أ.

وذكَرَ من التَّصرُّفاتِ الفاسدةِ إحدى وعشرين، ونظَمَ منها العشرةَ التي في "الخلاصة"[(١)]، فقال[(٢)]: [رجز]

وفاسدٌ من العُقُودِ عَشْرُ ... إجارةٌ وحكمُ هذا الأجرُ

وجوبُ أدنى مثلٍ او مُسمَّى ... أو كلِّهِ مع فَقْدِكَ المسمَّى

والواجبُ الأكثرُ في الكتابةِ ... من الذي سَمَّاهُ أو مِن قيمةِ

مطلبٌ: التَّصرُّفاتُ الفاسدة

[١٢١٣٦] (قولُهُ: وذكَرَ من التَّصرُّفاتِ الفاسدةِ) أي: التي تَفسُدُ إذا فُقِدَ منها شرطٌ من[(٣)] شُرُوطِ الصِّحَّة.

[١٢١٣٧] (قولُهُ: وحكمُ هذا) أي: حكمُ الإجارةِ الفاسدةِ بشرطٍ فاسدٍ كمَرَمَّةِ دارٍ، أو بجهالةِ المسمَّى، أو بعدمِ التَّسمية، أو بتسميةِ نحوِ خمرٍ. و((الأَجْرُ)) خبرُ ((حكمُ))، والمرادُ به أجرُ المثلِ أو المسمَّى في الصُّورةِ الأُولى وأجرُ المثلِ بالغاً ما بلَغَ في الثَّلاثةِ الأخيرة، وقد فصَّلَ ذلك بقولِهِ[(٤)]: ((وجوبُ أدنى مثلٍ إلخ))، فـ((أدنى)) إمَّا مضافٌ والإضافةُ بيانيَّةٌ، أو غيرُ مضافٍ و((مثلٍ)) بدلٌ منه كما لا يخفى، "ح"[(٥)].

[١٢١٣٨] (قولُهُ: والواجبُ الأكثرُ إلخ) يعني: أنَّ الكتابةَ الفاسدة ـ كما إذا كاتَبَهُ على عينٍ مُعيَّنةٍ لغيرِهِ ـ يجبُ على المكاتَبِ الأكثرُ من قيمتِهِ والمسمَّى. [٣/ق١٠٧/أ] وتاءُ ((الكتابةِ)) و((القيمةِ)) مجروران، ولا يُوقَفُ عليهما بالهاءِ لئلاَّ تَختلِفَ القافيةُ، "ح"[(٦)].

---

(١) "الخلاصة": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث عشر في النكاح الفاسد ق٨٤/أ.

(٢) أي: صاحب "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٤/ب.

(٣) ((شرط من)) ساقط من "آ".

(٤) في "ب": ((بقبوله))، وهو خطأ.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

وفي النِّكاحِ المثلُ إنْ يكنْ دَخَلْ وخارجُ البَذْرِ لمالكٍ أَجَلْ
والصُّلْحُ والرَّهْنُ لكلٍّ نقضُهُ أمانةٌ أو كالصَّحيحِ حكمُهُ

[١٢١٣٩] (قولُهُ: وفي النِّكاحِ) أي: الفاسدِ بعدمِ الشُّهودِ مثلاً مهرُ المثل[1]، أي: بالغاً ما بلَغَ إنْ لم يُسَمِّ ما يَصلُحُ مهراً، وإلاَّ فالأقلُّ من مهرِ المثلِ أو المسمَّى، "ح"[2].

[١٢١٤٠] (قولُهُ: إنْ يكن دَخَلْ) أمَّا إذا لم يَدخُلْ لا يجبُ شيءٌ، "ح"[3].

[١٢١٤١] (قولُهُ: وخارجُ البَذْرِ) يعني: أنَّ المزارعةَ الفاسدةَ ـ كما إذا شُرِطَ فيها قُفْزانٌ مُعيَّنةٌ لأحدِهما ـ يكونُ الخارجُ فيها لصاحبِ البَذْرِ، ثمَّ إنْ كانت الأرضُ له فعليه مثلُ أَجْرِ العاملِ، وإذا كان البذرُ من العاملِ فعليه أجرُ مثلِ الأرضِ، "ح"[4].

[١٢١٤٢] (قولُهُ: أَجَلْ) تكملةٌ بمعنى نَعَمْ، "ح"[5].

[١٢١٤٣] (قولُهُ: والصُّلحُ والرَّهنُ) أي: الصُّلحُ الفاسدُ بنحوِ جهالةِ البدلِ المصالَحِ عليه، والرَّهنُ الفاسدُ كرهنِ المُشَاعِ لكلٍّ من المتعاقدين نقضُهُ، "ح"[6].

[١٢١٤٤] (قولُهُ: أمانةٌ) خبرُ مبتدإٍ[7] محذوفٍ عائدٍ على كلٍّ من بدلِ الصُّلحِ والمرهونِ اللَّذَينِ دلَّ عليهما الصُّلحُ والرَّهنُ، "ح"[8]، أي[9]: يكونُ ما في يدِ المصالِحِ من بدلِ الصُّلحِ[10] ٣٥٢/١

(قولُهُ: ((أَجَلْ)) تكمِلةٌ بمعنى: نَعَم) لو جَعَل ((أَجَلْ)) اسمَ تفضيلٍ بمعنى: أعظم يكونُ أنسَبَ.

---

(١) في "الأصل": ((ومثله مهر المثل))، وفي "آ": ((مثلاً مثل المهر)).
(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.
(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.
(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.
(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.
(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.
(٧) في "ب": ((أي: مبتدأ))، وهو خطأ.
(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.
(٩) ((أي)) ساقطة من "ب"، وفي "م": ((ولرهن أي: حينئذ يكون)).
(١٠) ((من بدل الصلح)) ساقط من "ب" و"م".

ثمَّ الهبةْ مضمونةٌ يومَ قَبَضْ   وصَحَّ بيعُهُ لعبدٍ اقتَرَضْ

أمانةً، وكذلك المصالَحُ عليه في يدِ مَن هو في يدِهِ، وكذلك الرَّهنُ في يدِ المُرتهِنِ؛ لأنَّ كُلاًّ قَبَضَ مالَ[1] صاحبِهِ بإذنه، لكنَّه قَبَضَهُ لنفسِهِ لا لمالكِهِ، فينبغي أنْ يكونَ مضموناً عليه، وهو ما أشار إليه بقولِهِ: ((أو كالصَّحيحِ حكمُهُ))، وحكمُ الصَّحيحِ في الصُّلحِ أنَّه مضمونٌ عليه ببدلِ الصُّلحِ، وصحيحُ الرَّهنِ مضمونٌ بالأقلِّ من قيمتِهِ ومن الدَّينِ، وينبغي أنْ يكون هذا هو المعتمدَ، "رحمتي".

قلت: وسيأتي[2] في كتاب الرَّهن التَّوفيقُ بأنَّ فاسدَ الرَّهنِ كصحيحِهِ إذا كان سابقاً على الدَّين، وإلاَّ فلا، ويأتي[3] تمامُهُ هناك إن شاء الله تعالى.

[١٢١٤٥] (قولُهُ: ثمَّ الهِبَةْ) بسكونِ الهاء للضَّرورة، يعني: أنَّ الموهوب مضمونٌ على الموهوبِ له بالقيمة يومَ القبض في الهبة الفاسدة كهِبَةِ مُشَاعٍ يُقسَمُ، "ح"[4]؛ لأنَّه قَبَضَهُ لنفسِهِ، ومَن قبَضَ لنفسِهِ ـ ولو بإذنِ مالكِهِ ـ كان قبضُهُ[5] قبضَ ضمان، "رحمتي".

[١٢١٤٦] (قولُهُ: وصَحَّ بيعُهُ) أي: بيعُ المستقرِضِ، واللاَّمُ لتعديةِ البيعِ، وقولُهُ: ((اقتَرَضْ)) نعتٌ لـ((عبدٍ))، وفاعلُهُ مستترٌ عائدٌ على المُستقرِضِ، ومفعولُهُ محذوفٌ عائدٌ على العبدِ، يعني: إذا استقرَضَ عبداً كان قرضاً فاسداً؛ لأنَّه قِيْميٌّ يفيدُ الملكَ فيصحُّ بيعُهُ، "ح"[6]. وقال "ط"[7]: ((اللاَّمُ في: لعبدٍ[8] زائدةٌ)).

---

(١) ((مال)) ساقطة من "آ".

(٢) المقولة [٣٤٦٨٠] قوله: ((فهو الحكم في الرهن الفاسد)).

(٣) المقولة [٣٤٦٨٠] قوله: ((فهو الحكم في الرهن الفاسد)).

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ بتوضيح من ابن عابدين.

(٥) من ((قبضه لنفسه)) إلى ((كان قبضه)) ساقط من "آ".

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٦٠ بتصرف.

(٨) في "ب": ((العبد))، وهو خطأ.

مُضارَبَةْ وحكمُها الأمانةْ والمثلُ في البيعِ وإلاَّ القيمةْ

[١٢١٤٧] (قولُهُ: مُضارَبَةْ) بسكونِ الهاء للضَّرورة، يعني: أنَّ المضاربةَ الفاسدةَ بنحوِ اشتراطِ عملِ ربِّ المالِ حكمُها الأمانةُ، أي: يكونُ مالُ المضاربةِ [٣/ق١٠٧/أ] في يدِ المُضارِبِ أمانةً، "ح"(١)، أي: لأنَّه قبَضَها لمالكِها بإذنِهِ، وما كان كذلك فهو أمانةٌ، ولأنَّه لَمَّا فَسَدَتْ صار المضاربُ أجيراً، والمالُ في يدِ الأجيرِ أمانةٌ، "رحمتي".

[١٢١٤٨] (قولُهُ: والمثلُ في البيعِ) أي: الواجبُ في البيعِ الفاسدِ بنحوِ شرطٍ لا يَقتضيه العَقْدُ ضمانُ مثلِ المقبوضِ الهالكِ إنْ كان مِثْليّاً، وقيمتِهِ إنْ كان قِيْميّاً، وتاءُ ((الأمانةُ)) و((القيمةُ)) مرفوعان، ولا يُوقَفُ عليهما بالسُّكون لِما مَرَّ، "ح"(٢).

وأمَّا بقيَّةُ الإحدى والعشرين فقال في "النَّهر"(٣): ((وبقيَ من التَّصرُّفاتِ الفاسدةِ الصَّدقةُ، والخُلْعُ، والشَّرِكةُ، والسَّلَمُ، والكفالةُ، والوكالةُ، والوقفُ، والإقالةُ، والصَّرفُ، والوصيَّةُ، والقِسمةُ. أمَّا الصَّدقة ففي "جامع الفصولين"(٤): أنَّها كالهبةِ الفاسدة مضمونةٌ بالقبض، وأمَّا الخُلْعُ فحكمُهُ أنَّه إذا بطَلَ العِوَضِ فيه وقَعَ بائناً، وذلك كالخُلْعِ على خمرٍ أو خنزيرٍ أو ميتةٍ، وأمَّا الشَّرِكةُ ـ وهي المفقودُ منها شرطُها ـ مثلُ أنْ يجعلَ الرِّبحَ فيها على قَدْرِ المالِ كما في "المجمع"، ولا ضمانَ عليه لو هلَكَ المالُ في يدِهِ كما في "جامع الفصولين"(٥)، وأمَّا السَّلَمُ ـ وهو ما فُقِدَ فيه شرطٌ من شرائطِ الصِّحَّة ـ فحكمُ رأسِ المال فيه كالمغصوبِ، فيُسمَحُ فيه أنْ يأخذَ به ما بَدَا له يداً بيدٍ، كذا في "الفصول"، وأمَّا الكفالةُ ـ كما إذا جُهِلَ المكفولُ عنه مثلاً كقوله: ما بايعتَ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٤/ب ـ ١٨٥/أ.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون: في التصرفات الفاسدة، وأحكامها، وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٥٧/٢.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموماً بالقبض والحبس وما لا يكون ٦١/٢ بتصرف.

....

أحداً فعليَّ ـ فحكمُها عدمُ الوجوب عليه، ورجَعَ بما أدَّاهُ حيث كان الضَّمانُ فاسداً، كذا في "الفصول" أيضاً، وأمَّا الوكالةُ، والوقفُ، والإقالةُ، والصَّرفُ، والوصيَّةُ فالظَّاهرُ أنَّهم لم يُفرِّقُوا بين فاسدِها وباطلِها، وصرَّحُوا بأنَّ الإقالة كالنِّكاح لا يُبطِلُها الشَّرطُ الفاسدُ، وقد عُرِفَ أنَّه لا فَرْقَ بين فاسدِهِ وباطلِهِ، وقالوا: لو وَقَعَتِ الإقالةُ بعد القبضِ بعدما وَلَدَتِ الجاريةُ فهي باطلةٌ)) اهـ.

أقول: وما عزاه إلى "المجمع" في قولِهِ: ((وأمَّا الشَّركةُ إلخ)) فغيرُ موجودٍ فيه، ولم نَرَ أحداً قَالَهُ، بل تجوزُ الشَّركةُ مع التَّساوي في الرِّبح وعدمِهِ، فالصَّوابُ أنْ يُمثِّلَ بالتي شُرِطَ فيها دراهمُ مُسمَّاةٌ لأحدِهما، فإنَّه مُفسِدٌ لها، وحكمُ الفاسدةِ أنْ يُجعَلَ الرِّبحُ فيها على قَدْرِ المال وإنْ شُرِطَ التَّفاضُلُ، وهذا هو الذي في "المجمع" وغيره، فافهم.

وذكَرَ القِسمةَ ولم يتعرَّضْ لحكمِها، وسيذكرُ[1] "المصنِّفُ" و"الشَّارح" في بابها: ((أنَّ المقبوضَةَ بالقِسمةِ الفاسدةِ كقِسمةٍ على شرطِ هِبَةٍ أو صدقةٍ أو بيعٍ من المقسوم أو غيرِهِ يَثبُتُ المِلكُ فيه، ويفيدُ جوازَ التَّصرُّفِ فيه لقابضِهِ، ويَضمَنُهُ بالقيمةِ كالمقبوضِ بالشِّراءِ الفاسد، وقيل: لا يَثبُتُ[2]، [٣/ق١٠٨/أ] وجزمَ بالقيلِ في "الأشباه"[3]، وبالأوَّلِ في "البزَّازيَّة"[4] و"القنية"[5])) اهـ. وما ذكرَهُ في النِّكاحِ من عدمِ الفَرْقِ بين فاسدِهِ وباطلِهِ قد علمتَ ما فيه.

هذا، وقد زادَ "الرَّحميُّ" الحوالةَ، ونظَمَ حكمَها مع حكمِ ما زادَ على العشرةِ تكميلاً لنَظْمِ "النَّهر" على التَّرتيبِ المذكور، فقال: [رجز]

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٢١١١] قوله: ((جزم بالقيل في "الأشباه")).

(٢) في "الأصل" و"ب": ((لا يشتبه))، وفي "آ": ((لا يثبته))، وما أثبتناه هو الصواب.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: في الفوائد ـ كتاب القسمة صـ٣٣٦ـ.

(٤) "البزازية": كتاب القسمة ـ الفصل الثالث: في الاستحقاق والقسمة ـ نوع في الدين ٤/١٥١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "القنية": كتاب القسمة ـ باب ما يجوز من القسمة ق١١٧/ب.

....

صَدَقَــةٌ كهِبَــةٍ ســواءُ والخُلْـعُ بـائنٌ ولا جَــزاءُ
إنْ شَرَطَ الخمرَ أو الخنزيرَ أو لِمَيتــةٍ بَدَلَــهُ كــذا رَأَوا
بقَدْرِ مالٍ ربحُ شِرْكةٍ فَسَدْ كانَ لقَطْعِ شِرْكةِ الرِّبحِ قَصَدْ
ولا ضمــانَ بهــلاكِ المــالِ في يدِهِ حُزتَ ذُرَا[1] المعالي
وسَلَمٌ بعضُ شروطِهِ فُقِدْ ففاسدٌ كما مِن الفِقْهِ شُهِدَ
ورأسُ مالٍ فيه كالمغصوبِ عُدّ فخُذْ به ما شئتَ إنْ يداً بيَدْ
كفالةُ المجهولِ مُفسِدٌ لها فارجعْ بما أَدَّيْتَ إنْ خَبءٌ دَهَى

٣٥٢/٢

إذا بَنى الدَّفعَ على الكفالةْ ولا رُجُوعَ إنْ يُرِدْ وَفا لـه
وفاسدُ القِسمةِ إنْ شَرْطٌ نُمِيْ لا يَقتضيْهِ العَقْدُ يا هذا الكَمِيْ
فيُملَكُ المقسومُ بالقيمةِ إنْ يُقبَضْ وقيل لا فقد فازَ الفَطِنْ
وَكالــةٌ وِصايــةٌ والوَقْــفُ إقالةٌ يا صاحِ ثمَّ الصَّرْفُ
لا فَرْقَ فيها بين ما قد فَسَدا وبينَ باطلٍ هُدِيْتَ الرَّشَدا
حَوالــةٌ بشَــرْطِ أنْ يــؤدِّيْ مِن بَيْعِ دارٍ للمُحيلِ يُرْدِي
فإنْ يُؤَدِّ المالَ فَهْوَ راجِعُ على المُحيلِ[2] أو مُحالٌ خاشِعُ

وقولُهُ: ((فخُذْ به ما شئتَ إلخ)) أي: له أنْ يستبدلَ برأسِ مالِ السَّلَمِ الفاسدِ بخلافِ الصَّحيحِ، لكنْ بشرطِ أنْ يكونَ يداً بيدٍ؛ لئلاَّ ينفصلَ عن دَيْنٍ بدَيْنٍ، وقولُهُ: ((إذا بَنى الدَّفْعَ على الكفالَة إلخ)) أي: لو ظَنَّ لُزُومَها له، فأدَّاهُ عمَّا كَفِلَهُ وقال: هذا ما كَفِلْتُ لكَ بهِ رجَعَ عليه؛ لأنَّه أدَّاهُ ما ليس بلازمٍ عليه على زعمِ لُزومِهِ، كما لو قَضَاهُ دَيْنَهُ ثمَّ تبيَّنَ أنْ لا دَيْنَ عليه، وأمَّا إذا قال: خُذْ هذا وفاءً عمَّا لكَ في ذِمَّتِهِ فلا يَرجعُ عليه؛ لأنَّ مَن قَضَى دَيْنَ غيرِهِ بلا أمرِهِ لا رجوعَ له على أحدٍ.

---

(١) في "الأصل": ((ذوي))، وفي "ب" و"آ": ((ذرى)).
(٢) في "م": ((المحيل))، وهو خطأ.

(و) الحرَّةُ[1] (مهرُ مثلِها) الشرعيُّ (مهرُ مثلِها) اللُّغويُّ، أي: مهرُ امرأةٍ تُماثِلُها (من قومِ أبيها)..

[١٢١٤٩] (قولُهُ: والحُرَّةُ) احترَزَ بها عن الأَمَةِ كما يأتي[2].

مطلبٌ في بيانِ مهرِ المثل

[١٢١٥٠] (قولُهُ: مهرُ مِثْلِها) مبتدأٌ خبرُهُ قولُهُ: ((مهرُ مثلِها))، ولا يَلزَمُ الإخبارُ عن الشَّيءِ بنفسِهِ؛ لِما أشارَ إليه من اختلافِهما شرعاً ولغةً، ولأنَّ الثَّانيَ مُقيَّدٌ بقولِهِ: ((مِن قومِ أبيها[3])).

ثمَّ[4] اعلمْ أنَّ اعتبارَ مهرِ المثلِ المذكورِ حكمُ كلِّ نكاحٍ صحيحٍ لا تسميةَ فيه أصلاً، أو سُمِّيَ فيه ما هو مجهولٌ أو ما لا يَحِلُّ شرعاً، وحكمُ كلِّ نكاحٍ فاسدٍ بعد الوطءِ سَمَّى فيه مهراً أوْ لا، وأمَّا المواضعُ التي يجبُ فيها المهرُ بسببِ الوطءِ بشُبهةٍ فليس المرادُ بالمهرِ فيها مهرَ المثلِ المذكورَ هنا؛ لِما في "الخلاصة"[5]: ((أنَّ المراد به العُقرُ))، وفسَّرَهُ "الإسبيجابيُّ": [٣/ق١٠٨/ب]

(قولُهُ: فليس المُرادُ بالمهْرِ فيها مهْرَ المِثْلِ المذكُورِ هنا لِمَا في "الخلاصة": أنَّ المُرادَ به العُقْرُ إلخ) قال في "حاشية البحر": ((ذُكِرَ ما في "الخُلاصة" في "البزَّازيَّة"، و"غُرَرِ الأذكارِ"، و"المَقْدسيِّ" في "الرَّمْزِ"))، ثمَّ قال: ((وفي "واقعات النَّاطِفيِّ": مهْرُ المِثْلِ ما يتزوَّجُ به مِثْلُها)) اهـ.

قلت: وفي "الفَيْض" ـ بعد ذِكْرِ ما في "الخُلاصة" ـ: ((وقال بعضُ المُحقِّقين: العُقْرُ في الحرائر مهْرُ المِثْلِ، وفي الجَوَاري أبكاراً عُشْرُ القيمة، و ثَيِّباتٍ نِصفُ العُشْرِ. وقيل: في الجَوَاري يُنظرُ إلى مِثْلِ تلك الجاريةِ بكَمْ يَتزوَّجُ مِثْلُها جَمالاً ومَوْلىً فيُعتبَرُ بذلك وهو المُختارُ)) اهـ. وفي الفصل الثَّاني عشَرَ من "التَّتارخانيَّة" ذَكَرَ ما هنا مَعْزيّاً إلى "المحيط"، ثمَّ أعقَبَهُ بقوله: ((ورُوِيَ عن "أبي حنيفة" رحمه الله قال: تفسيرُ العُقْرُ هو ما يَتزوَّجُ به مِثْلُها، وعليه الفَتْوى)) اهـ. فظهر أنَّ في المسألة خلافاً، وأنَّ المُفتى به خلافُ ما هُنا.

---

(١) في "د" زيادة: ((وأما الأمة فعلى قدر الرغبة فيها، وعن الأوزاعي ثلث قيمتها. كذا في "المجتبى" و"الخزانة")). ق١٦٤/أ.

(٢) "در" صـ٤٦٣ـ.

(٣) في "ب" و"آ": ((من مهر أبيها)) والصواب ما أثبتناه.

(٤) في "د" زيادة: ((قال في "البحر")). ق١٦٤/أ.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٣/أ بتصرف. والخبر منقول بتمامه عن القاضي "نجم الدين" نقلاً عن "الإسبيجابي" القاضي.

لا أُمِّها إنْ لم تكن من قومِهِ كبنتِ عمِّهِ، وفي "الخلاصة"[١]: ((ويُعتبَرُ بأخواتِها وعمَّاتِها، فإن لم يكن فَبِنْتُ الشقيقةِ وبِنْتُ العَمِّ)) انتهى،..............................

((بأنَّه يُنظَرُ: بكمْ تُستأجَرُ للزِّنا لو كان حلالاً؟ يجبُ ذلك القَدْرُ، وكذا نقَلَ عن مشايخنا في شرحِ "الأصل" لـ"السَّرخسيِّ")) اهـ.

وظاهرُهُ أنَّه لا فَرْقَ بين الحُرَّةِ والأَمَةِ، ويخالفُهُ ما في "المحيط": ((لو زُفَّتْ إليه غيرُ امرأتِهِ فوَطِئَها لَزِمَهُ مهرُ مثلِها))، إلاَّ أنْ يُحمَلَ على العُقرِ المذكورِ توفيقاً، "بحر"[٢].

[١٢١٥١] (قولُهُ: لا أُمِّها) المقصودُ أنَّه لا اعتبارَ للأمِّ وقومِها مع قومِ الأب، لا أنَّها لا تُعتبَرُ أصلاً حتَّى تكونُ أدنى حالاً من الأجانب، "ط"[٣] عن "البِرْجَنديِّ".

قلت: لكنَّ الأمَّ قد تكونُ من قبيلةٍ لا تُماثِلُ قبيلةَ الأبِ، والمعتبَرُ من الأجانبِ مَن كانَتْ مِن قبيلةٍ تُماثِلُ قبيلةَ الأبِ على ما يأتي[٤]، فمَن كانَتْ كذلك[٥] فهي أعلى حالاً من الأمِّ، فافهم.

[١٢١٥٢] (قولُهُ: كبنتِ عَمِّهِ) مثالٌ للمَنْفيِّ، "ح"[٦]، أي: المَنْفيِّ في قوله: ((إنْ لم تكن

(قولُ "الشَّارحِ": وفي "الخُلاصة": ويُعتبَرُ بأخَوَاتِها وعَمَّاتِها إلخ) ما في "الخُلاصة" مُشكِلٌ؛ لأنَّه جَعَلَ بناتِ الأخَوَاتِ والعَمَّاتِ من عشيرةِ أبيها، وقد يكونُ آباؤُهُنَّ من غير عشيرَتِهِ، وعَطَفَ بنْتَ العَمِّ على بنْتِ الشَّقيقةِ مع أنَّ بنْتَ العَمِّ من قوم الأبِ "رحمتي". ونصُّ عبارَتِها: ((وفي "الأصل": مهْرُ المِثْلِ نساءُ عشيرةِ أبيها وهُنَّ الأخَوَاتُ والعمَّاتُ وبناتُهُنَّ، فإنْ لم يكن لها أُختٌ ولا عمَّةٌ إلخ)).

---

(١) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ـ جنس آخر في هبة المهر ق٨٢/أ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٦/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦١/٢.

(٤) "در" صـ٤٦٧ـ.

(٥) ((كذلك)) ليست في "الأصل".

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/ب.

ومُفادُهُ اعتبارُ التَّرتيبِ، فليُحفَظ........................

مِن قومِهِ))، والضَّميرُ فيهما للأبِ، فالأمُّ إذا كانَتْ بنتَ عمِّ الأب كانَتْ من قـومِ الأب، وقـولُ "الدُّرر"[(١)]: ((كبنتِ عمِّها)) سَبْقُ قلمٍ أو مجازٌ.

[١٢١٥٣] (قولُـهُ: ومُفـادُهُ اعتبـارُ الـتَّرتيب) كـذا في "البحـر"[(٢)] و"النَّهـر"[(٣)]، لكـنْ قـال في "البحر"[(٤)] بعده: ((وظاهرُ كلامِهم خلافُهُ)) اهـ.

قلت: وتظهـرُ الثَّمرةُ فيمـا لـو سـاوَتْها أختُهـا وبنـتُ عمِّهـا مثـلاً في الصِّفـاتِ المذكـورة واختلَفَ مهراهما، فعلى ما في "الخلاصة"[(٥)] تُعتبَرُ الأختُ، وأمَّا علـى ظاهرِ كلامِهـم فيُشكِلُ، وقد قال في "البحر"[(٦)]: ((ولم أرَ حكمَ ما إذا ساوَتِ المرأةُ امرأتين من أقاربِ أبيها مـع اختـلافِ مهرهما[(٧)] هل يُعتبَرُ بالمهرِ الأقلِّ أو الأكثرِ؟ وينبغي أنَّ كلَّ مهرٍ اعتبَرَهُ القـاضي وحكَـمَ بـه فإنَّـه يصحُّ لقلَّةِ التَّفاوُت)) اهـ.

وفيه أنَّه قد يكونُ التَّفاوتُ كثيراً، وقال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((نَصَّ علماؤنا علـى أنَّ التَّفويـض لقضاةِ العَهدِ فسادٌ، والذي يقتضيه نظرُ الفقيه اعتبارُ الأقلِّ للتَّيقُّنِ به)) اهـ.

قلت: ويظهرُ لي أنَّه يُنظَرُ في مهرِ كلٍّ من هـاتين المرأتـين، فمَن وافَـقَ مهرُهـا مهـرَ مثلِهـا تُعتبَرُ؛ إذ يمكنُ أن يكونَ حصَلَ في مهرِ إحداهما محاباةٌ من الزَّوج أو الزَّوجة، تأمَّل.

(قولُهُ: وقولُ "الدُّرَر": ((كبِنْتِ عمِّها)) سَبْقُ قَلَمٍ، أو مَجَازٌ) أي: بنتِ عمِّ أبيها، كما في "الشُّرُنْبُلالِيِّ".

---

(١) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٦/١ وفي المطبوعة التي بين أيدينا: ((بنت عمه)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٦/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح – الفصل الثاني عشر في المهر ق٨٢/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٦/٣ بتصرف.

(٧) في "ب": ((مهرها)).

وتُعتبَرُ المماثلةُ في الأوصافِ (وقتَ العقدِ سِنّاً، وجَمَالاً، ومالاً،.............

[١٢١٥٤] (قولُهُ: في الأوصافِ) الأَولى حذفُهُ لإغناءِ قولِهِ: ((سِنّاً إلخ)) عنه مَعَ احتياجِهِ إلى تكلُّفٍ في الإعراب.

[١٢١٥٥] (قولُهُ: وقتَ العَقْدِ) ظرفٌ لـ((مثلِها)) الثّانيةِ بالنَّظرِ للمتنِ، ولـ((تُعتبَرُ)) بالنَّظَرِ للشَّارح. اهـ "ح"[١].

والمعنى: أنَّه إذا أردنا أنْ نعرفَ مهرَ مثلِ امرأةٍ تَزَوَّجَتْ بلا تسميةٍ مثلاً نَنظرُ إلى صفاتِها وقتَ تَزَوُّجِها من سِنٍّ وجَمالٍ إلخ، وإلى امرأةٍ من قومِ أبيها كانَتْ حين تَزَوَّجَتْ في السِّنِّ والجَمالِ إلخ مثلَ الأُولى، [٣/ق١٠٩/أ] ولا عبرةَ بما حدَثَ بعد ذلك في واحدةٍ منهما من زيادةِ جَمالٍ ونحوِهِ أو نقصٍ، أفادَهُ "الرَّحمتيُّ".

[١٢١٥٦] (قولُهُ: سِنّاً) أرادَ به الصِّغَرَ أو الكِبَرَ، "بحر"[٢]، ومثلُهُ في "غاية البيان". وظاهرُهُ أنَّه ليس المرادُ تحديدَ السِّنِّ بالعددِ كعشرين سنةً مثلاً، بل مُطلَقَ الصِّغَرِ أو الكِبَرِ فيما لا يُعتبَرُ فيه التَّفاوتُ عُرْفاً، فبنتُ عشرين مثلُ بنتِ ثلاثين، ولذا قال في "المعراج": ((لأنَّ مهرَ المثلِ يَختلِفُ باختلافِ هذه الأوصاف، فإنَّ الغنيَّةَ تُنكَحُ بأكثرَ ما تُنكَحُ به الفقيرةُ، وكذا الشّابَّةُ مع العجوزِ والحسناءُ مع الشَّوهاءِ)) اهـ.

وظاهرُهُ أنَّ بقيَّةَ الصِّفاتِ كذلك، فيُعتبَرُ المماثلةُ في أصلِ الصِّفةِ احترازاً عن ضِدِّها لا عن الزِّيادةِ فيها. ٢/٣٥٤

[١٢١٥٧] (قولُهُ: وجَمالاً) وقيل: لا يُعتبَرُ الجَمالُ في بيتِ الحَسَبِ والشَّرف بل في أوساطِ

(قولُهُ: مع احتياجه إلى تكلُّفٍ في الإعراب) لم يظهَرْ وجْهُ التَّكلُّف.

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٥.

وبَلَداً، وعصراً، وعقلاً، ودِيْناً، وبكارةً، وثُيوبةً، وعِفّةً، وعِلْماً، وأدباً، وكمالَ خُلُقٍ)..

النَّاس، وهذا جيِّدٌ، "فتح"[١]. والظَّاهرُ اعتبارُهُ مطلقاً، "بحر"[٢]. وكذا رَدَّهُ في "النَّهر"[٣] بإطلاقِ عبارة "الكنز" وغيرِهِ.

قلت: ووجهُهُ أنَّ الكلام فيمَن كانَتْ من قومِ أبيها، فإذا ساوَتْ إحداهما الأخرى في الحسبِ والشَّرفِ وزادَتْ عليها في الجَمالِ كانت الرَّغبةُ فيها أكثرَ.

[١٢١٥٨] (قولُهُ: وبلداً وعَصْراً) فلو كانَتْ من قومِ أبيها لكن اختلَفَ مكانُهما أو زمانُهما لا يُعتبَرُ بمهرِها؛ لأنَّ البلدين تَختلِفُ عادةُ أهلِهما في غلاءِ المهر ورُخصِهِ، فلو زُوِّجَتْ في غيرِ البلد الذي زُوِّجَ فيه أقاربُها لا يُعتبَرُ بمهورِهنَّ، "فتح"[٤]، ومثلُهُ في "كافي الحاكم" الذي هو جَمْعُ كتبِ "محمَّدٍ"، حيث قال: ((ولا يُنظَرُ إلى نسائِها إذا كُنَّ من غيرِ أهلِ بلدِها؛ لأنَّ مُهُورَ البلدان مختلفةٌ)) اهـ.

ومقتضى هذا أنَّه لا بدَّ من اعتبارِ الزَّمانِ والمكان وإنْ قلنا بالاكتفاءِ ببعضِ هذه الصِّفاتِ على ما يأتي[٥]، فافهم.

[١٢١٥٩] (قولُهُ: وعَقْلاً) هو قوَّةٌ مُميِّزةٌ بين الأمورِ الحسنةِ والقبيحةِ، أو هيئةٌ محمودةٌ للإنسانِ في مثلِ حركاتِهِ وسكناتِهِ كما في كتب الأصول، وهو بهذا المعنى شاملٌ لِما شرَطَهُ في "النُّتفِ"[٦] من العِلْم والأدبِ والتَّقوى والعِفَّةِ وكمالِ الخُلُق، "قهستاني"[٧].

[١٢١٦٠] (قولُهُ: ودِيْناً) أي: ديانةً وصلاحاً، "قهستاني"[٨].

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤٦.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٥.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤٦.

(٥) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يوجد)).

(٦) "النتف": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ مهر المثل ١/٢٩٨، وعبارته: ((والمماثلة بخمس عشرة خصلة...)) و لم نجد هذه الخصال المذكورة بسبب السَّقط، وذكرها أبو السعود كاملة في "فتح المعين" ٢/٦٢ـ٦٣ بواسطة "الغاية".

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في المهر ١/٢٨٩ بتصرف.

(٨) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في المهر ١/٢٨٩.

وعدمَ ولدٍ، ويُعتبَرُ حالُ الزَّوجِ أيضاً، ذكرَهُ "الكمال"، قال: ((ومهرُ الأَمَةِ بقَدْرِ الرَّغبةِ فيها)).

(ويُشترَطُ فيه) أي: في ثبوتِ مهرِ المثلِ لِما ذُكِرَ (إخبارُ رَجُلين أو رَجُلٍ وامرأتين

[١٢١٦١] (قولُهُ: وعدمَ ولدٍ) أي: إنْ كان مَن اعتُبِرَ لها المهرُ كذلك، وإنْ كان لها ولدٌ اعتُبِرَ مهرُ مثلِها بمهرِ مَن لها ولدٌ، "ط"[(١)].

[١٢١٦٢] (قولُهُ: ذكرَهُ "الكمالُ"[(٢)]) أي: نقلاً عن المشايخِ، وفسَّرَهُ: ((بأنْ يكون زَوْجُ هذه كأزواجِ أمثالِها من نسائها في المالِ والحَسَبِ وعدمِهما)) اهـ[(٣)]، أي: وكذا في بقيَّةِ [٣/ق١٠٩/ب] الصِّفاتِ، فإنَّ الشّابَّ والمتَّقيَ مثلاً يُزوَّجُ بأرخصَ من الشَّيخِ والفاسقِ كما في "البحر"[(٤)] و"النَّهر"[(٥)].

[١٢١٦٣] (قولُهُ: ومهرُ الأَمَةِ إلخ) قدَّمنا[(٦)] الكلامَ عليه أوَّلَ الباب، قال "ح"[(٧)]: ((دخلَ في إطلاقِهِ ما إذا كان لها قومُ أبٍ، كما إذا تَزوَّجَ حُرٌّ أَمَةَ رَجُلٍ ولم يَشترِطِ الحرِّيَّةَ، فبنتُهُ أَمَةٌ، وهي وإنْ كانت من قومِ أبيها لكنْ خالَفَتْهم في الحرِّيَّة، فلم تَحصُلِ المماثلةُ)).

[١٢١٦٤] (قولُهُ: أي: في ثُبوتِ مهرِ المثل) أشار إلى أنَّ ضميرَ ((فيه)) عائدٌ إلى مهرِ المثلِ بتقديرِ مضافٍ وهو ((ثُبوتِ)).

[١٢١٦٥] (قولُهُ: لِما ذُكِرَ) علَّةٌ لثُبوتِ مهرِ المثل، والمرادُ بما ذُكِرَ المماثلةُ سِنّاً وما عُطِفَ

(قولُهُ: علَّةٌ لثُبوت مهْرِ المِثْلِ إلخ) قال "ط": ((هو مُتعلِّقٌ بالمِثْلِ، ويعني به الأوصافَ المُتقدِّمةَ أي: المِثْلَ في الأوصاف المُتقدِّمةِ، ولا كبيرَ فائدةٍ فيه)) اهـ. وما سلَكَهُ أظهَرُ ممَّا قاله "المُحشِّي"؛ إذْ لا معنى لجعْلِ المُماثَلة

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦١/٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٦/٣.

(٣) في "د" زيادة: ((وينبغي أن لا يختصَّ بهذين الشرطين؛ لأنَّ للجمال والبلد والعصر والعقل والتقوى والسنِّ مدخلاً من جهة الزوج أيضاً، فينبغي اعتبارها في حقِّه أيضاً، كذا في "البحر")). ق١٦٤/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٦/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/ب.

(٦) المقولة [١١٨٧٨] قوله: ((وفي الإماء إلخ)).

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/ب.

ولفظُ الشَّهادةِ) فإنْ لم يُوجد شهودٌ عُدُولٌ فالقولُ للزَّوجِ بيمينِهِ، وما في "المحيط": ((من أنَّ للقاضي فرضَ المهرِ)) حَمَلَهُ في "النَّهر" على ما إذا رَضِيا بذلك.........

عليه، وأشار به إلى أنَّه لا بدَّ من الشَّهادةِ على الأمرين: المماثلةِ بينهما، وأنَّ مهرَ الأُولى كان كذا، "ح"[1]. وفي بعض النُّسخ: ((بما ذُكِرَ))، فالباءُ للسَّببيَّةِ، أي: لثبوتِهِ بسببِ ما ذُكِرَ من المماثلةِ في الأوصاف.

[١٢١٦٦] (قولُهُ: شُهُودٌ عُدُولٌ) أشارَ إلى اشتراطَ العدالةِ مع العدد؛ لأنَّ المقصود إثباتُ المالِ والشَّرطُ فيه ذلك.

[١٢١٦٧] (قولُهُ: فالقولُ للزَّوجِ) لأنَّه مُنكِرٌ للزِّيادة التي تَدَّعيها المرأةُ.

[١٢١٦٨] (قولُهُ: وما في "المحيط" إلخ) جوابٌ عمَّا ذكَرَهُ في "البحر"[2] من المخالفةِ بين ما في "الخلاصة"[3] و"المنتقى"[4] ـوهو ما مَرَّ[5] من اشتراطِ الشَّهادةِ المذكورةِـ وبين ما في "المحيط"، حيث قال: ((فإنْ فرَضَ القاضي أو الزَّوجُ بعد العَقْدِ جاز؛ لأنَّه يَجري ذلك مَجرى التَّقديرِ لِما وجَبَ بالعَقْدِ من مهرِ المثل زادَ أو نقَصَ؛ لأنَّ الزِّيادةَ على الواجبِ صحيحةٌ والحطَّ عنه جائزٌ)) اهـ.

ووجهُ المخالفةِ أنَّ ظاهرَ ما مَرَّ أنَّه لا يصحُّ القضاءُ بمهرِ المثل بدونِ الشَّهادةِ أو الإقرارِ من الزَّوجِ، وأجاب في "النَّهر"[6]: ((بأنَّ ما في "المحيط" ينبغي أنْ يُحمَلَ على ما إذا رَضِيا بذلك، وإلاَّ فالزِّيادةُ على مهرِ المثل عند إبائِهِ والنَّقصُ عنه عند إبائها لا يجوزُ)) اهـ.

فيما ذُكِرَ عِلَّةً لثُبُوتِ مهرِ المِثْلِ، وعلى الإشارة الَّتي ذَكَرها "المُحشِّي" لم يُوجَدْ في كلام "الشَّارحِ" ما يُفيدُها بالنِّسبة للأمرَيْن المَذكُورَيْن معاً.

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٦-١٨٧.

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٢/أ.

(٤) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ فصل في النكاح الفاسد ١/٣٥٧ (هامش "مجمع الأنهر").

(٥) "در" صـ٤٦٣ـ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٧٩/ب.

....

أقول: قدَّمنا(١) عن "البدائع" ـعند قول "المصنِّف": ((وما فُرِضَ بعد العَقْدِ أو زِيْدَ لا يُنَصَّفُ))ـ: ((أنَّ مهر المثل يجبُ بنفسِ العَقْدِ، بدليلِ أنَّها لو طَلَبَتِ الفرضَ من الزَّوجِ يَلزَمُهُ، ولو امتنَعَ يُجبِرُهُ القاضي عليه، ولو لم يَفعَل نابَ مَنابَهُ في الفرضِ)) اهـ.

فهذا صريحٌ في أنَّ المراد فرضُ مهرِ المثل، وأنَّ فرض القاضي عند عدمِ التَّراضي، فلا يصحُّ حملُ ما في "المحيط" على ما ذكرَهُ في "النَّهر".

وأمَّا قولُ "المحيط": ((زادَ أو نقَصَ إلخ)) فينبغي حملُهُ على صورةِ [٣/ق١١٠/أ] فَرْضِ الزَّوجِ إذا رَضِيَتْ بها، وبيانُ ذلك على وجهٍ تَندَفِعُ به المخالفةُ: أنَّك قد علمتَ أنَّ مهر المثل إنما يجبُ بالنَّظر إلى مَن يُساويها من قومِ أبيها، وقد علمتَ أيضاً أنَّه لا يَثبُتُ إلاَّ بشاهدين، فإذا تَزَوَّجَتْ بلا مهرٍ، وطَلَبَتْ من الزَّوجِ أنْ يَفرِضَ لها مهرَ مثلِها، فامتنَعَ ورافَعَتْهُ إلى القاضي، وأَتَتْ بشاهدين شَهِدا بأنَّ فلانةً من قوم أبيها تُساويها في الصِّفاتِ المذكورةِ وأنَّها تَزَوَّجَتْ بكذا يَحكُمُ لها القاضي بمثلِ مهرِ فلانةٍ المذكورةِ بلا زيادةٍ ولا نقصٍ، وإنما يمكنُ الزِّيادةُ والنَّقصُ

(قولُهُ: فهذا صريحٌ في أنَّ المُرادَ فَرْضُ مهْرِ المِثْلِ وأنَّ فرضَ القاضي إلخ) كلامُ "البدائع" إنَّما يُفيدُ نيابةَ القاضي مَنابَ الزَّوجِ في الفرْضِ عند امتناعِهِ، وليس فيه نفْيُ نِيابَتِه عنه عند تَراضيْهما بذلك فلم يُوجَدْ ما يَرُدُّ كلامَ "النَّهر" في عبارة "البدائع"، تأمَّل. ولا مانعَ حينئذٍ من حَمْلِ قوْلِ "المحيط": ((زادَ أو نَقَصَ)) على صُورة فَرْضِ القاضي أيضاً؛ إذْ على ما حَمَلَهُ عليه في "النَّهر" يكونُ الزَّوجُ راضياً بالزِّيادة والمرأةُ راضيةٌ بالحطِّ، فله حينئذٍ أن يزيدَ أو يُنقِصَ، كما لو فعلا ذلك بأنفُسِهما بتَراضيْهما، فالمُرادُ أنَّهما فوَّضا تقديرَ المهْرِ للقاضي، ورَضِيَتْ بالحطِّ والزَّوجُ بالزِّيادة، فله بعد ذلك أنْ يُقدِّرَهُ لرِضَاهُما به، وليس موضوعُ الكلامِ في التَّرافع لديه مع التَّجاحُدِ بل المرادُ أنَّهما التَمسَا منه ذلك مع التَّفويضِ إليه منهُما كما ذُكِرَ، كما أنَّ موضوعَ "البدائع" فيما إذا ادَّعتْ عليه مهْرَ المِثْلِ وبيَّنتْ قدْرَه ولم يُوجَدْ مَن يَشهدُ لها به لعدم وُجُودِ امرأةٍ تُماثِلُها وامتنعَ الزَّوجُ من تقديره لها فالقاضي يَقدِّرُهُ لها نيابةً عنه، كما يأتي له قريباً عَقِبَ هذا.

---

(١) المقولة [١١٩٥٥] قوله: ((أو بفرض قاضٍ مهرَ المثل)).

....

عند فَرْضِ الزَّوجِ بالتَّراضي كما قلنا، وإذا كان فرضُ القاضي مبنيّاً على ما قلنا من الشَّهادةِ المذكورة تَندَفِعُ المخالفةُ التي ادَّعاها في "البحر"[1]؛ لأنَّه لا مُسوِّغَ لحملِ ما في "المحيط" على أنَّ القاضيَ يَفرِضُ لها مهراً برأيِهِ ويُلزِمُ أحدَهما بالزِّيادةِ أو النَّقصِ بلا رِضاهُ، مع إمكانِ المصيرِ إلى الواجبِ لها شرعاً عند وجودِ مَن يُساويها في الصِّفات من قومِ أبيها. وإنْ كان المرادُ حملَ كلامِ "المحيط" على حكمِ القاضي عند عدمِ وجودِ مَن يُساويها من قومِ أبيها ومن الأجانب فلا يُخالِفُ ما في "الخلاصة" و"المنتقى" أيضاً؛ لأنَّ كلامهما في مهرِ المثلِ، وهو لا يكونُ إلاَّ عند وجودِ المماثل، فيَتوقَّفُ ثبوتُهُ على الشَّهادةِ أو الإقرارِ، أمَّا عند عدمِ المماثلِ يكونُ تقديراً لمهرِ[2] المثلِ جارياً مَجراه لا عينَهُ، فيَنظُرُ فيه القاضي نظرَ تأمُّلٍ واجتهادٍ، فيَحكُمُ به بدون شُهُودٍ وإقرارِ من الزَّوجِ، فموضوعُ الكلامين مختلفٌ كما لا يخفى، وعلى هذا لا يتأتَّى أيضاً فيه زيادةٌ أو نقصانٌ؛ إذ لا يمكنُ ذلك إلاَّ عندِ وجودِ المماثلِ، ولكنَّ حملَ كلام "المحيط" على ما ذُكِرَ يُنافيه ما قدَّمناه[3] عن "البدائع" من أنَّ المراد الحكمُ بمهرِ المثل، وكذا ما نذكرُهُ قريباً عن "الصَّيرفيَّة": ((من أنَّه إذا عُدِمَ المماثلُ لا يُعطَى لها شيءٌ))، ولا يمكنُ حملُهُ على حالةِ التَّراضي؛ لِما علمتَ من كلام "البدائع"، ولأنَّه عند وجودِ التَّراضي يُستغنَى عن التَّرافُعِ إلى القاضي، وعند عدمِ وجودِ الشَّاهدين فالقولُ للزَّوجِ بيمينِهِ كما مرَّ[4] ويأتي[5]، فيَحكُمُ لها القاضي[6] بما يَحلِفُ عليه، فاغتنم هذا التَّحرير، والله الموفِّق.

٢/٣٥٥

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٦ـ١٨٧.

(٢) في "م": ((تقديرياً لمهر)).

(٣) المقولة [١٢١٦٨] قوله: ((وما في "المحيط" إلخ)).

(٤) "در" صـ٤٦٤ـ.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) من ((وعند عدم)) إلى ((القاضي)) ساقط من "الأصل".

(فإنْ لم يوجد من قبيلةِ أبيها فمِن الأجانبِ) أي: فمِن قبيلةٍ تُماثِلُ قبيلةَ أبيها (فإنْ لم يوجد فالقولُ له) أي: للزَّوجِ في ذلك بيمينِهِ كما مرَّ.........

[١٢١٦٩] (قولُهُ: فإنْ لم يُوجَدْ) أي: مَن يُماثِلُها في الأوصافِ المذكورة كلِّها أو بعضِها، [٣/ق١١٠/ب] "بحر"[1]. ومقتضاه الاكتفاءُ ببعضِ هذه الأوصافِ، وبه صرَّحَ في "الاختيار"[2] بقولِهِ: ((فإنْ لم يُوجَدْ ذلك كلُّهُ فالذي يُوجَدُ منه؛ لأنَّه يتعذَّرُ اجتماعُ هذه الأوصافِ في امرأتين، فيُعتبَرُ بالموجودِ منها؛ لأنَّها مثلُها)) اهـ، ومثلُهُ في "شرح المجمع" لـ"ابن ملكٍ" و"غرر الأذكار"[3]، وهو موجودٌ في بعضِ نسخ "الملتقى"[4].

قلت: لكنْ يُشكِلُ عليه اتِّفاقُ المتون على ذكرِ مُعظَمِ هذه الأوصافِ وتصريحُ "الهداية"[5]: ((بأنَّ مهر المثل يَختلِفُ باختلافِ هذه الأوصافِ، وكذا يَختلِفُ باختلافِ الدَّارِ والعصرِ)) اهـ؛ إذ لا شكَّ أنَّ الرَّغبة في البِكْرِ الشَّابةِ الجميلةِ الغنيَّةِ أكثرُ من الثَّيِّبِ العجوزِ الشَّوهاءِ الفقيرة وإنْ تساوَتا في العقلِ والدِّينِ والعِلْمِ والأدبِ وغيرِها من الأوصاف، فكيف يُقدَّرُ مهرُ إحداهما بمهرِ الأخرى مع هذا التَّفاوتِ؟! وقولُهم: لأنَّه يتعذَّرُ اجتماعُ هذه الأوصافِ في امرأتين مُسلَّمٌ لو التَزَمنا اعتبارَها في قومِ الأبِ فقط، أمَّا عند اعتبارِها من الأجانبِ أيضاً فلا، على أنَّه لو فُرِضَ عدمُ الوجودِ يكونُ القولُ للزَّوجِ كما ذكرَهُ[6] "المصنِّفُ" بعدُ، وإن امتنَعَ يُرفَعُ الأمرُ للقاضي

(قولُهُ: لكنْ يُشكِلُ عليه اتِّفاقُ المُتونِ على ذِكْرِ مُعظَمِ هذه إلخ) قد يقالُ: مُرادُهم بالبعض الفائتِ من الأوصافِ: ما لم يَترتَّبْ على فواتِه تَفاوُتٌ فاحشٌ بين المرأتَيْن، بخلاف ما إذا ترتَّبَ عليه التَّفاوُتُ الفاحشُ فإنَّه حينئذٍ لا يُعْتدُّ بما بَقِيَ منها، والنَّظرُ حينئذٍ إلى قبيلة تُماثِلُ قبيلةَ أبيها.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٧/٣.

(٢) "الاختيار": كتاب النكاح ـ فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير ١٠٨/٣.

(٣) "غرر الأذكار": كتاب النكاح ـ باب المهر ق٢٠١/أ.

(٤) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥١/١.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢١١/١.

(٦) "در" صـ٤٦٤ـ.

(وصحَّ ضمانُ الوليِّ مهرَها ولو) المرأةُ (صغيرةً).........................

ليُقدِّرَ لها مهراً على ما مرَّ[(١)]، لكنْ في "البحر"[(٢)] عن "الصَّيرفيَّة": ((ماتَ في غُربةٍ وخلَّفَ زوجتين غريبتين تَدَّعيانِ المهرَ ولا بيِّنةَ لهما، وليس لهما أخواتٌ في الغُربةِ قال: يُحكَمُ بجمالِهما بكَمْ يُنكَحُ مثلُهما؟ قيل له: يَختلِفُ بالبلدان، قال: إنْ وُجِدَ في بلدِهما يُسأَلُ، وإلاَّ فلا يُعطَى لهما شيءٌ)) اهـ، أي: لعدمِ إمكانِ الحَلِفِ بعد الموت، لكنْ فيه أنَّ ورثةَ الزَّوجِ تَقُومُ مَقامَهُ، فتأمَّل.

(تنبيهٌ)

جَرَى العُرفُ في كثيرٍ من قرى دمشقَ بتقديرِ المهرِ بمقدارٍ مُعيَّنٍ لجميعِ نساءِ أهلِ القريةِ بلا تفاوُتٍ، فينبغي أنْ يكونَ ذلك عند السُّكوتِ عنه بمنزلةِ المذكورِ المسمَّى وقتَ العَقْدِ؛ لأنَّ المعروفَ كالمشروطِ، وحينئذٍ فلا يُسأَلُ عن مهرِ المثلِ، والله تعالى أعلم.

مطلبٌ في ضمانِ الوليِّ المهرَ

[١٢١٧٠] (قولُهُ: وصَحَّ ضمانُ الوليِّ مهرَها) أي: سواءٌ كان وليَّ الزَّوجِ أو الزَّوجةِ، صغيرين كانا أو كبيرين، أمَّا ضمانُ وليِّ الكبيرِ منهما فظاهرٌ؛ لأنَّه كالأجنبيِّ. ثمَّ إنْ كان بأمرِهِ رجَعَ، وإلاَّ لا، وأمَّا وليُّ الصَّغيرين فلأنَّه سفيرٌ ومُعبِّرٌ[(٣)]، فإذا ماتَ[(٤)] كان لها أنْ [٣/ق١١١/أ] ترجعَ في تَرِكتِهِ، ولباقي الورثةِ الرُّجوعُ في نصيبِ الصَّغيرِ خلافاً لـ"زفر"؛ لأنَّ الكفالة صَدَرَتْ

(قولُهُ: لكنْ فيه أنَّ وَرَثَةَ الزَّوجِ تقومُ مَقامَهُ) لكنَّ الظَّاهرَ من كونه غريباً أنَّه لم يُوجَدْ معه أحدٌ من وَرَثَتِهِ حتَّى يَتأتَّى تحليفُهُ، وإنَّما ادَّعتِ الزَّوجتانِ المهرَ على المَيْتِ في وجْهِ مَن نَصَّبهُ القاضي للخُصُومةِ؛ حيثُ يجوزُ له ذلك، تأمَّل.

(قولُهُ: خلافاً لـ"زُفَرَ") حيثُ قال: لا يَرْجِعُون؛ لعدمِ أمْرِ المَكْفُولِ عنه اهـ "نهر".

(١) المقولة [١١٩٥٥] قوله: ((أو بفرض قاض مهر المثل)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٧/٣.

(٣) في "د" زيادة: ((كما ذكر الشارح)) ق١٦٤/ب.

(٤) في "د" زيادة: ((الضامن)). ق١٦٤/ب.

ولو عاقداً؛ لأنَّه سفيرٌ، لكن بشرطِ صحَّتِهِ ـ فلو في مرضِ موتِهِ وهو وارثُهُ........

بأمرٍ مُعتبَرٍ من المكفولِ عنه لثُبُوتِ وَلايةِ الأبِ عليه، فإذنُ الأبِ إذنٌ منه مُعتبَرٌ، وإقدامُهُ على الكفالةِ دلالةُ ذلك من جهَتِهِ، "نهر"[1] عن "الفتح"[2].

[١٢١٧١] (قولُهُ: ولو عاقداً) أي: ولو كان هو الذي باشَرَ عَقْدَ النِّكاحِ بالوَلايةِ عليها أو عليه أو عليهما، فافهم.

[١٢١٧٢] (قولُهُ: لأنَّه سَفيرٌ) تعليلٌ لقوله: ((صَحَّ)) بالنِّسبةِ لِما إذا كانا صغيرين أو أحدُهما، ويصلُحُ جواباً عمَّا يقال: لو كان الضَّامن وليَّ الصَّغيرةِ يَلزَمُ أنْ يكونَ مُطالِباً ومُطالَباً؛ لأنَّ حقَّ المطالبةِ له، ولذا لو باعَ لها شيئاً ثُمَّ ضَمِنَ الثَّمنَ عن المشتري لم يصحَّ، والجوابُ: أنَّه في النِّكاحِ سَفيرٌ ومُعبِّرٌ عنها، فلا تَرجعُ الحقوقُ إليه، وفي البيعِ أصيلٌ، ووَلايةُ قبضِ المهرِ له بحكمِ الأُبوَّةِ لا باعتبارِ أنَّه عاقدٌ، ولذا لا يَملِكُ قبضَهُ بعد بلوغِها إذا نَهَتْهُ بخلافِ البيع، وتمامُهُ في "الفتح"[3].

[١٢١٧٣] (قولُهُ: لكنْ) استدراكٌ على قولِهِ: ((وصَحَّ))

[١٢١٧٤] (قولُهُ: بشرطِ صِحَّتِهِ) أي: الوليِّ.

[١٢١٧٥] (قولُهُ: وهو) أي: المكفولُ عنه أو المكفولُ له، "ط"[4].

[١٢١٧٦] (قولُهُ: وارثُهُ) أي: وارثُ الوليِّ، كأنْ يكونَ الوليُّ أبا الزَّوجِ أو أبا الزَّوجةِ.

(قولُهُ: "نهر" عن "الفتح") تمامُ عبارته: ((بخلاف ما إذا أدَّى عنه في حياته؛ لأنَّ تبرُّعَ الآباءَ بالمُهُور مُعْتادٌ وقد انقضتِ الحياةُ قبلَ ثُبُوتِ هذا التَّبرُّعِ فيَرْجِعون)) اهـ.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/ب ـ ١٨٦/أ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٧/٣.

(٣) انظر "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٧/٣

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٢/٢ بتصرف.

لم يصحَّ، وإلاَّ صَحَّ من الثُّلثِ ....

[١٢١٧٧] (قولُهُ: لم يصحَّ) لأنَّه تبرُّعٌ لوارثِهِ في مرضِ موتِهِ، "فتح"[1]. زاد في "البحر"[2] عن "الذَّخيرة": ((وكذا كلُّ دَيْنٍ ضَمِنَهُ عن وارثِهِ أو لوارثِهِ)) اهـ، أي: لأنه بمنزلةِ الوصيَّةِ لوارثِهِ.

لا يقال: إنَّه لا تَبرُّعَ من الكفيلِ بشيءٍ، فإنَّه لو ماتَ قبل الأداءِ تَرجِعُ المرأةُ في تَرِكَتِهِ، ويرجعُ باقي الورثةِ في نصيبِ الابن لو كَفِلَهُ الأبُ بأمرِهِ أو كان صغيراً كما قدَّمناه[3]؛ لأنَّا نقول: رجوعُ باقي الورثةِ على المكفولِ عنه لا يُخرِجُ الكفالةَ عن كونِها تبرُّعاً ابتداءً؛ لأنَّه قد يَهلِكُ نصيبُهُ وهو مُفلِسٌ، أو قد لا يُمكِنُهم الرُّجوعُ، ويدلُّ على ذلك أيضاً أنَّ كفالةَ المريضِ لأجنبيٍّ تُعتبَرُ من الثُّلث، ولو لم تكن تَبرُّعاً لصَحَّتْ من كلِّ المالِ كباقي تَبرُّعاتِهِ، بل أبلغُ من هذا أنَّه لو باعَ وارثَهُ شيئاً مِن ملكِهِ بمثلِ القيمة أو أقلَّ أو أكثرَ فالبيعُ باطلٌ، حتَّى لا تَثبُتُ به الشُّفعةُ خلافاً لهما كما في "المجمع"، فافهم.

٣٥٦/٢

[١٢١٧٨] (قولُهُ: وإلاَّ) أي: وإنْ لم يكن المكفولُ له أو عنه وارثَ الوليِّ الكافلِ[4]، بأنْ كان ابنَ ابنِهِ الحيِّ أو بنتَ عمِّه، "ط"[5].

[١٢١٧٩] (قولُهُ: صَحَّ) أي: الضَّمانُ من الثُّلثِ كما صرَّحُوا به في ضمانِ الأجنبيِّ، "بحر"[6]، أي: إنْ كان مالُ الكفالةِ قَدْرَ ثلثِ تركتِهِ [٣/ق١١١/ب] صَحَّ، وإنْ كان أكثرَ منه صَحَّ بقَدْرِ الثُّلثِ؛ لأنَّ الكفالة تبرُّعٌ ابتداءً كما قلنا.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٧/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٧/٣.

(٣) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((وصحَّ ضمان الوليِّ مهرها)).

(٤) في "الأصل": ((الكامل)).

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٢/٢ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٧/٣ بتصرف.

وقبولِ المرأةِ أو[1] غيرِها في مجلسِ الضَّمان (وتُطالِبُ أيّاً شاءَتْ) مِن زوجِها البالغِ أو الوليِّ الضَّامنِ (فإنْ أدَّى رجَعَ على الزَّوجِ إنْ أمَرَ) كما هو حكمُ الكفالةِ.......

[١٢١٨٠] (قولُهُ: وقبولِ المرأةِ) عطفٌ على ((صحَّتِهِ))، وهذا إذا كانت المرأةُ بالغةً، "ح"[2].

[١٢١٨١] (قولُهُ: أو غيرِها) وهو وليُّها أو فضوليٌّ غيرُهُ كما سيأتي[3] في كتابِ الكفالة، ولذا قال في "البحر"[4]: ((ولا بدَّ من قَبولِها أو قَبولِ قابلٍ في المجلس))، فافهم. قال "ح"[5]: ((وهذا فيما إذا كانَتْ صغيرةً والكفيلُ وليُّ الزَّوج، أمَّا إذا كان وليَّها فإيجابُهُ يَقُومُ مَقامَ القَبولِ كما في "النَّهر"[6])).

[١٢١٨٢] (قولُهُ: في مجلسِ الضَّمانِ) لأنَّ شطرَ العَقْدِ لا يتوقَّفُ على قبولِ غائبٍ على المذهبِ، "ط"[7].

[١٢١٨٣] (قولُهُ: أو الوليِّ الضَّامنِ) سواءٌ كان وليَّهُ أو وليَّها، "ح"[8]. وقيَّدَ بالضَّامنِ لأنَّ الكلامَ فيه، ولأنَّه لا يُطالَبُ بلا ضمانٍ على ما يذكرُهُ[9] قريباً.

[١٢١٨٤] (قولُهُ: إنْ أمَرَ) أي: إنْ أمَرَ الزَّوجُ بالكفالةِ، وأفادَ أنَّه لو ضَمِنَ عن ابنِهِ الصَّغيرِ وأدَّى لا يَرجِعُ عليه للعُرفِ بتحمُّلِ مهورِ الصِّغار، إلاَّ أنْ يُشهِدَ في أصلِ الضَّمانِ أنَّه دفَعَ

---

(١) ((أو)) ساقطة من "ط".

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٤/ب ـ ١٦٥/أ.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فضولياً)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٩/٣.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٥/ب ـ ١٨٦/أ.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٢/٢.

(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٥/أ.

(٩) "در" صـ٤٧٢ـ٤٧٣ـ.

(ولا يُطالَبُ الأبُ بمهرِ ابنِهِ الصَّغيرِ الفقيرِ) أمَّا الغنيُّ فيُطالَبُ أبوه بالدَّفع من مالِ ابنِهِ لا من مالِ نفسِهِ (إذا زَوَّجَهُ امرأةً إلاَّ إذا ضَمِنَهُ) على المعتمدِ...............

ليَرجِعَ، "فتح"[1]، ويأتي تمامُهُ[2].

[١٢١٨٥] (قولُهُ: بمهرِ ابنِهِ) أي: مهرِ زوجةِ ابنِهِ، أو المهرِ الواجبِ على ابنه.

[١٢١٨٦] (قولُهُ: إذا زَوَّجَهُ امرأةً) مرتبطٌ بقولِهِ: ((ولا يُطالَبُ الأبُ إلخ))؛ لأنَّ المهرَ مالٌ يَلزَمُ ذِمَّةَ الزَّوجِ، ولا يَلزَمُ الأبَ بالعَقْدِ؛ إذ لو لَزِمَهُ لَما أفادَ الضَّمانُ شيئاً، "بحر"[3].

[١٢١٨٧] (قولُهُ: على المعتمدِ) مقابلُهُ ما في "شرح الطَّحاويِّ" و"التَّتمَّةِ": ((أنَّ لها مطالبةَ أبِ الصَّغيرِ ضَمِنَ أو لم يَضمَنْ))، قال في "الفتح"[4]: ((والمذكورُ في "المنظومة"[5]: أنَّ هذا قولُ "مالكٍ"، ونحن نخالفُهُ))، ثمَّ قال في "الفتح": ((وهذا هو المعوَّلُ عليه)).

قلت: ومثلُ ما في "المنظومة" في "المجمع" و"درر البحار" وشُرُوحِهما[6]، وفي "مواهب الرَّحمن"[7]: ((لو زَوَّجَ طفلَهُ الفقيرَ لا يَلزَمُهُ المهرُ عندنا))، وأجاب في "البحر"[8] عمَّا ذكرَهُ "شارحُ الطَّحاويِّ" بـ((حملِهِ على ما إذا كان للصَّغيرِ مالٌ، بدليلِ أنَّه في "المعراج" ذكَرَ ما في "شرح الطَّحاويِّ"، ثمَّ ذكَرَ: أنَّ المهر لا يَلزَمُ أبا الفقيرِ بلا ضمانٍ، فتعيَّنَ كونُ الأَولى في الغِنى)).

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤٧.

(٢) المقولة [١٢١٨٩] قوله: ((ولا رجوع للأب إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٨ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤٧.

(٥) "حقائق المنظومة": باب فتاوى مالك ـ كتاب النكاح ه/ق٣٣٢/ب.

(٦) "غرر الأذكار": كتاب النكاح ـ ذكر المهر ق١٩٩/ب.

(٧) ((الرحمن)) ساقطة من "الأصل".

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٨٨.

(كما في النَّفقةِ) فإنَّه لا يُؤخَذُ بها إلاَّ إذا ضَمِنَ،.........

قلت: وأَصرَحُ من هذا ما في "العناية"[١]، حيث قال ناقلاً عن "شرح الطَّحاويِّ": ((إنَّ الأبَ إذا زَوَّجَ الصَّغيرَ امرأةً فللمرأةِ أنْ تُطالِبَ بالمهرِ[٢] من أبي الزَّوجِ، فيؤدِّي الأبُ من مالِ ابنِهِ الصَّغيرِ وإنْ لم يَضمَنْ إلخ)) وعلى هذا فقولُ "الشَّارح": ((على المعتمدِ)) لا محلَّ له.

[١٢١٨٨] (قولُهُ: كما في النَّفقةِ) أي: أنَّه لا يُؤاخَذُ أبو الصَّغيرِ بالنَّفقةِ إلاَّ إذا ضَمِنَ، كذا ذكرَهُ "المصنِّف" في "المنح"[٣] [٣/ق١١٢/أ] عن "الخلاصة"[٤]، وفي "الخانيَّة"[٥]: ((وإنْ كانَتْ كبيرةً وليس للصَّغيرِ مالٌ لا تجبُ على الأبِ نفقتُها، ويَستدِينُ الأبُ عليه ثمَّ يَرجِعُ على الابنِ إذا أيسَرَ)) اهـ.

وفي "كافي الحاكم": ((فإنْ كان صغيراً لا مالَ له لم يُؤخَذْ أبوه بنفقةِ زوجتِهِ إلاَّ أنْ يكونَ ضَمِنَها)) اهـ، ومثلُهُ في "الزَّيلعيِّ"[٦] وغيرِهِ.

قلت: وهو مخالفٌ لِما سيذكرُهُ[٧] "الشَّارح" في بابِ النَّفقة في الفروع حيث قال: ((وفي "المختار"[٨] و"الملتقى"[٩]: ونفقةُ زوجةِ الابنِ على أبيه إنْ كان صغيراً فقيراً أو زَمِناً)) اهـ.

اللَّهمَّ إلاَّ أنْ يُحمَلَ ما سيأتي[١٠] على أنَّه يُؤمَرُ بالإنفاقِ ليَرجِعَ بما أنفقَهُ على الابنِ إذا أيسَرَ،

---

(١) "العناية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٧/٣ (هامش "الفتح").

(٢) في "م":((تطلب المهر)) وفي بقية النسخ: ((تطالب المهر)) وما أثبتناه من "العناية".

(٣) "المنح": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/ق ١٢٦/ب.

(٤) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن: في نكاح الصغير والصغيرة ق٧٩/أ.

(٥) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب النفقة ٤٢٥/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٤/٢.

(٧) انظر "الدر" عند المقولة [١٦٢٤٣] قوله: ((وفي "المختار" و"الملتقى" إلخ)).

(٨) انظر "الاختيار": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ـ فصل: ونفقة الأولاد الصغار على الأب إلخ ١٢/٤.

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب النفقة ٣٠٥/١.

(١٠) المقولة [١٦٢٤٦] قوله: ((ويجبر الأب إلخ)).

ولا رجوعَ للأبِ إلاَّ إذا أشهَدَ على الرُّجوعِ عند الأداءِ.........................

كما قالوا في الابن الموسر: إذا كانَتْ أُمُّهُ وزوجُها مُعسِرَينِ يُؤمَرُ بالإنفاقِ على أمِّهِ، ويَرجِعُ بها على زوجِها إذا أيسَرَ، ويؤيِّدُهُ عبارةُ "الخانيَّة" المذكورةُ، فليُتأمَّل.

[١٢١٨٩] (قولُهُ: ولا رجوعَ للأبِ إلخ) أي: لو أدَّى الأبُ المهرَ من مالِ نفسِهِ لا رجوع له على ابنِهِ الصَّغير، قيل: لأنَّ الكفيلَ لا رجوعَ له إلاَّ بالأمرِ ولم يوجد، لكنْ قدَّمنا[١] أنَّ إقدامَهُ على كفالتِهِ بمنزلةِ الأمرِ لثُبوتِ وَلايتِهِ عليه، ولهذا لو ضَمِنَهُ أجنبيٌّ بإذنِ الأبِ يَرجِعُ، فكذا الأبُ، نعم ذكَرَ في "غاية البيان" رجوعَ الأب لِما ذُكِرَ، وفي الاستحسانِ لا رجوعَ له لتحمُّلِهِ عنه عادةً بلا طمعٍ في الرُّجوعِ، والثَّابتُ بالعُرفِ كالثَّابتِ بالنَّصِّ، إلاَّ إذا شرَطَ الرُّجوعَ في أصلِ الضَّمان فيَرجِعُ؛ لأنَّ الصَّريح يَفُوقُ الدِّلالة، أعني: العُرفَ، بخلافِ الوصيِّ، فإنَّه يَرجِعُ لعدمِ العادةِ في تبرُّعِهِ، فصار كبقيَّةِ الأولياءِ غيرِ الأبِ اهـ.

فعدمُ الرُّجوعِ بلا إشهادٍ مخصوصٌ بالأبِ، ومقتضى هذا رجوعُ الأمِّ أيضاً حيث لا عُرْفَ إذا كانت وصيَّةً وكَفِلَتْهُ، أمَّا بدونِ ذلك فقد صارَتْ حادثةَ الفتوى في صبيٍّ زَوَّجَهُ وليُّهُ، ودَفَعَتْ أمُّه عنه المهرَ وهي غيرُ وصيَّةٍ عليه، ثمَّ بلَغَ فأرادَت الرُّجوعَ عليه، وينبغي في هذه الحادثةِ عدمُ الرُّجوعِ؛ لإيفائِها دَيْنَ الصَّبيِّ بلا إذنٍ ولا وَلايةٍ، ولا سيَّما على القولِ الآتي من اشتراط

(قولُ "الشَّارحِ": ولا رُجُوعَ للأب إلاَّ إذا أشهَدَ على الرُّجُوع عند الأداء إلخ) في "الأنْقروية" من آخر كتاب الوَصَايا ما نصُّهُ: ((وعن "أبي حنيفة" رحمه الله تعالى فيما إذا اشتَرَى داراً أو ضَيْعةً أو مَمْلُوكاً لابنِهِ الصَّغير إنْ كان لابنِهِ مالٌ فالرُّجُوعُ بالثَّمَن على التَّفصيلِ إنْ أشْهَدَ وقْتَ الشِّراء يَرجِعُ، وإنْ لم يُشْهِد لا يَرجِعُ، وإنْ لم يكن للابن مالٌ لا يَرجِعُ أشْهَدَ على الرُّجُوع أو لم يُشْهِدْ، ثمَّ في بعض المَواضِع: يُشْتَرَطُ الإشْهادُ وقتَ الشِّراء، وفي بعضها: يُشْتَرَطُ الإشهادُ وقْتَ نقْدِ الثَّمَن ويقول ـ إنْ أشْهَدَ وقْتَ نقْدِ الثَّمَن ـ: إنَّما أنقُدُ الثَّمَنَ لأرجعَ عليه، "تتارخانيَّة")) اهـ.

---

(١) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((وصحَّ ضمان الوليِّ مهرها)).

....

الإشهادِ في غيرِ الأبِ أيضاً، تأمَّل. وفي "البزَّازيَّة"[١]: ((إذا أشهَدَ ـ أي: الأبُ ـ عند الأداءِ أنَّه أدَّى ليَرجِعَ رجَعَ وإنْ لم يُشهِدْ عند الضَّمان)) اهـ.

والحاصلُ: أنَّ الإشهادَ عند الضَّمانِ أو الأداءِ شرطُ الرُّجوعِ كما في [٣/ق١١٢/ب] "البحر"[٢]، وقيَّدَهُ في "الفتح"[٣] بما إذا كان الصَّغيرُ فقيراً، واعترضَهُ في "النَّهر"[٤] بما مَرَّ[٥] عن "غاية البيان"، أي: ((من حيث إنَّه مطلقٌ مع عمومِ التَّعليلِ بالعُرف))، وقد يقال: إنَّ ما في "الفتح" مبنيٌّ على عدمِ اطِّرادِ العُرف إذا كان الصَّغيرُ غنيّاً، فله الرُّجوعُ وإنْ لم يُشهِدْ ولا سيَّما لو كان الأبُ فقيراً، فتأمَّل.

وبقي ما لو دفَعَ بلا ضمان، ومقتضى التَّعليلِ بالعادةِ أنَّه لا فَرْقَ، فيَرجِعُ إنْ أشهَدَ، وإلاَّ لا، وسيذكرُ[٦] "الشَّارح" في آخرِ باب الوصيِّ: ((ولو اشتَرَى لطفلِهِ ثوباً أو طعاماً، وأشهَدَ أنَّه يَرجِعُ به عليه يَرجِعُ به لو له مالٌ، وإلاَّ لا لوجوبِها[٧] عليه حينئذٍ، وبمثلِهِ لو اشتَرَى له داراً أو عبداً، يَرجِعُ سواءٌ كان له مالٌ أوْ لا، وإنْ لم يُشهِدْ لا يَرجِعُ، كذا عن "أبي يوسف"، وهو حسنٌ يجبُ حفظُهُ)) اهـ. ٣٥٧/٢

(قولُهُ: وبمِثْلِه لو اشترى إلخ) الأَوْلى حذْفُ الباء كما يَذْكُرُه.

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل التاسع عشر: في النفقات ١٦٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٨٨/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٧/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٦/أ.

(٥) في المقولة نفسها.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٨٢٩] قوله: ((ولو اشترى لطفله إلخ)).

(٧) في "الأصل" و"آ": ((لوجبهما)).

....

قلت: وحاصلُهُ الفَرْقُ بين الطَّعامِ والكسوةِ وبين غيرهما، ففي غيرِهما لا يَرجِعُ إلاَّ إذا أشهَدَ سواءٌ كان الصَّغيرُ فقيراً أوْ لا، وكذا فيهما إنْ كان الصَّغيرُ غنيّاً، أمَّا لو فقيراً فلا رجوعَ له وإنْ أشهَدَ لوجوبِهما عليه، بخلافِ نحوِ الدَّارِ والعبدِ، ومقتضى هذا أنَّ المهر بلا ضمانٍ كالدَّارِ والعبدِ لعدم وجوبِهِ عليه، فله الرُّجوعُ عليه إنْ أشهَدَ ولو فقيراً، وإلاَّ فلا، وهذا يُؤيِّدُ ما في "النَّهر"، فتدبَّر.

هذا، وسنذكرُ[1] هناك اختلافَ القولين في أنَّ الوصيَّ لو أنفَقَ من مالِهِ على قصدِ الرُّجوعِ هل يُشترَطُ الإشهادُ أم لا؟ والاستحسانُ الأوَّلُ، وعليه فلا فرقَ بينه وبين الأبِ، فما مَرَّ[2] عن "غاية البيان" من قولِهِ: ((بخلافِ الوصيِّ)) مبنيٌّ على القولِ الآخر، وا لله تعالى أعلم.

وشَمِلَ الرُّجوعُ بعد الإشهادِ ما لو أدَّى بعدَ بلوغِ الابن كما في "الفيض"، وفيه: ((أنَّ هذا ـأي: اشتراطَ الإشهادِـ إذا لم يكن للصَّبيِّ دَيْنٌ على أبيه، فلو على الأبِ دَيْنٌ له فأدَّى مهرَ امرأتِهِ و لم يُشهِدْ، ثمَّ ادَّعى أنَّه أدَّاهُ من دَيْنِهِ الذي عليه صُدِّقَ، ولو كان الابنُ كبيراً فهو متبرِّعٌ؛ لأنَّه لا يَملِكُ الأداءَ بلا أمرِهِ)) اهـ.

(تنبيهٌ)

اشتراطُ الإشهادِ لرجوعِ الأبِ لا يُنافيه ما قدَّمناه[3] من أنَّه لو ماتَ وأخَذَت الزَّوجةُ مهرَها من تَرِكَتِهِ فلباقي الورثةِ الرُّجوعُ في نصيبِ الصَّغيرِ؛ لِما علمتَ من أنَّه صار كفيلاً بالأمرِ دلالةً، والكفيلُ بأمرِ المكفول عنه يَرجِعُ [٣/ق١١٣/أ] بما أدَّى، وإنما لم يَرجِعْ لو أدَّى بنفسِهِ بلا إشهادٍ للعادةِ بأنَّه يُؤدِّي تبرُّعاً، أمَّا إذا لم يَدفَعْ بنفسِهِ وأخَذَتِ الزَّوجةُ من تَرِكَتِهِ لم يوجد التَّبرُّعُ منه، فلذا يَرجِعُ باقي الورثةِ في نصيبِ الصَّغير من التَّركة.

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٧٦٦] قوله: ((لا في حق الرجوع)).

(٢) في المقولة نفسها.

(٣) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((وصحَّ ضمان الوليِّ مهرها)).

(و[١] لها منعُهُ من الوطءِ) ودواعيه، "شرح مجمع"........

(فرعٌ)

في "الفيض": ((ولو أعطَى ضيعةً بمهرِ امرأةِ ابنِـهِ، ولم تَقبَضْهـا حتَّى مـاتَ الأبُ، فباعَتْهـا المرأةُ لم يصحَّ إلاَّ إذا ضَمِنَ الأبُ المهرَ ثمَّ أعطى الضَّيعةَ به، فحينئذٍ لا حاجةَ إلى القبض)).

مطلبٌ في مَنْعِ الزَّوجةِ نفسَها لقبضِ المهر

[١٢١٩٠] (قولُهُ: ولها مَنْعُهُ إلخ) وكذا لوليِّ الصَّغيرةِ المنعُ المذكورُ حتَّى يَقبَضَ مهرَها، وتسليمُها نفسَها غيرُ صحيحٍ، فله استردادُها، وليس لغيرِ الأبِ والجَدِّ تسليمُها قبلَ قبضِ المهر مَن له وَلايةُ قبضِهِ، فإنْ سَلَّمَها فهو فاسدٌ[٢]. وأشار إلى أنَّه لا يَحِلُّ له وطؤُها على كَرْهٍ منها إنْ كان امتناعُها لطلبِ المهرِ عنده، وعندهما يَحِلُّ كما في "المحيط"، "بحر"[٣]. وينبغي تقييدُ الخلاف بما إذا كان وَطِئَها أوَّلاً برضاها، أمَّا إذا لم يَطَأْها ولم يَخْلُ بها كذلك فلا يَحِلُّ اتّفاقاً، "نهر"[٤].

[١٢١٩١] (قولُهُ: ودَوَاعيهِ إلخ) لم يُصرِّحْ به في "شرح المجمع"، وإنما قال: ((لها أنْ تَمنَعَهُ من الاستمتاعِ بها))، فقال في "النَّهر"[٥]: ((إنَّه يَعُمُّ الدَّواعيَ))، "ط"[٦].

(قولُهُ: فَرَّعَ في "الفَيْض": ولو أعطى ضَيْعَةً بمهْرِ إلخ) ذَكَر هذا الفَرْعِ في "البزَّازيَّـة"، ونقلَهُ في "البحـر" عنها، وعبارتُها: ((إذا أعطى الأبُ أرْضاً لمهْرِ امرأةِ ابنِهِ ولم تقبْضِ المـرأةُ حتّى مـات الأبُ لا تَملِـكُ القبْضَ، وإنْ كان ضَمِنَ المهْرَ ـ والمسألةُ بحالها ـ مَلَكتِ القبْضَ بعد الموت؛ لأنَّ الهبةَ لا تَتِمُّ بلا قبْضٍ، وفيمـا إذا ضُمِـنَ بيعٌ فلا يَبطُلُ بالموت)) اهـ.

(قولُهُ: مَن له وِلايةُ قَبْضِهِ إلخ) فاعلُ المَصْدر قبلَهُ، ومَـن لـه قَبْـضُ مهْـرِ الصَّغيرة هـو الأبُ والجَـدُّ والوَصِيُّ، وإذا سلَّمَها الأبُ له أنْ يَمْنعَها، كما قدَّمَه في باب الوَلِيِّ.

---

(١) الواو ليست في "و".

(٢) في "د" زيادة: ((وتُردُّ إلى بيتها كما في "التجنيس" وغيره)). ق١٦٤/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٠/٣ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٦/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٦/أ.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٢/٢.

(والسَّفرِ بها ولو بَعْدَ وطءٍ وخلوةٍ رَضِيَتْهما) لأنَّ كلَّ وطأةٍ معقودٌ عليها، فتسليمُ البعضِ لا يُوجِبُ تسليمَ الباقي (لأخذِ ما بُيِّنَ تعجيلُهُ) من المهرِ كلِّهِ أو بعضِهِ[1]....

[١٢١٩٢] (قولُهُ: والسَّفرِ) الأَولى التَّعبيرُ بالإخراجِ كما عبَّرَ في "الكنز"[2]؛ ليَعُمَّ الإخراجَ من بيتِها كما قالَهُ شارحوه[3]، "ط"[4].

[١٢١٩٣] (قولُهُ: وخَلْوةٍ) يُعلَمُ حكمُها من الوطءِ بالأَولى، وإنَّما تَظهَرُ فائدةُ ذكرِها على قولِهما الآتي[5].

[١٢١٩٤] (قولُهُ: رَضِيَتْهما) وكذا لو كانَتْ مُكرَهةً أو صغيرةً أو مجنونةً بالأَولى، وهو بالاتِّفاق، أمَّا مع الرِّضاءِ فعندهما ليس لها المنعُ، وتكونُ به ناشِزةً لا نفقةَ لها، أي: إلاَّ أنْ تَمنَعَهُ من الوطءِ وهي في بيتِهِ، "بحر"[6] بحثاً أخذاً مما صرَّحُوا به في النَّفقاتِ: أنَّ ذلك ليس بنُشُوزٍ بعد أخذِ المهر.

[١٢١٩٥] (قولُهُ: لأخذِ ما بُيِّنَ تعجيلُهُ) علَّةٌ لقولِهِ: ((ولها مَنْعُهُ)) أو غايةٌ له، واللاَّم بمعنى إلى، فلو أعطاها المهرَ إلاَّ درهماً واحداً فلها المنعُ، وليس له استرجاعُ ما قَبَضَتْ، "هنديَّة"[7]

(قولُهُ: على قولِهما الآتي) فإنَّهما يقولان: إذا دَخَلَ بها طائعةً كبيرةً ـ ولو كان الدُّخُولُ حُكْماً ـ ليس لها المَنْعُ كما في "شرح المُلْتقى".

(قولُهُ: إلاَّ أنْ تمنَعَه من الوَطْءِ وهي في بيته إلخ) أي: وهو يَقدِرُ على وَطْئها كَرْهاً، كما سيذكُرُه عن "السِّراج" في النَّفقات.

---

(١) عبارة "د": ((كلاً أو بعضاً)).

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٨/١.

(٣) انظر "البحر": ١٩٠/٣، و"النهر": ق١٨٦/أ.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٢/٢.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩١/٣-١٩٢ بتصرف.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٧/١.

(أو) أخذِ (قَدْرِ ما يُعجَّلُ[١] لمثلِها عُرْفاً) به يُفتَى؛ لأنَّ المعروف كالمشروط........

عن "السِّراج". وفي "البحر"[٢] عن "المحيط": ((لو أحالَتْ به رَجُلاً على زوجِها لها الامتناعُ إلى أنْ يَقبَضَ المحتالُ لا لو أحالَها به الزَّوجُ)) اهـ.

وأشار إلى أنَّ تسليمَ المهرِ مُقدَّمٌ سواءٌ كان عَيْناً أو دَيْناً بخلاف البيعِ والثَّمنُ عَينٌ، فإنَّهما يُسلَّمان معاً؛ لأنَّ القبضَ والتَّسليمَ معاً مُتعذِّرٌ هنا بخلاف البيع كما في "النَّهر"[٣] عن "البدائع"[٤]، وتمامُهُ فيه، لكنْ في "الفيض": ((لو خافَ [٣/ق١١٣/ب] الزَّوجُ أنْ يأخذَ الأبُ المهرَ ولا يُسلِّمَ البنتَ يُؤمَرُ الأبُ بجَعْلِها مُهيَّئةً للتَّسليمِ ثمَّ يَقبَضُ المهر)).

[١٢١٩٦] (قولُهُ: أو أَخْذِ قَدْرِ ما يُعجَّلُ لمثلِها عُرفاً) أي: إنْ لم يُبيِّنْ تعجيلَهُ أو تعجيلَ بعضِهِ فلها المنعُ لأخذِ ما يُعجَّلُ لها منه عُرفاً، وفي "الصَّيرفيَّة": ((الفتوى على اعتبارِ عُرفِ بلدِهما من غيرِ اعتبارِ الثُّلُثِ أو النِّصف))، وفي "الخانيَّة"[٥]: ((يُعتَبَرُ التَّعارفُ؛ لأنَّ الثَّابتَ عُرفاً كالثَّابتِ شرطاً)).

قلت: والمُتعارَفُ في زمانِنا في مصرَ والشَّامِ تعجيلُ الثُّلثينِ وتأجيلُ الثُّلث، ولا تنسَ ما قدَّمناه[٦] عن "الملتقط": ((من أنَّ لها المنعَ أيضاً للمشروطِ عادةً كالخُفِّ والمُكعَّبِ وديباجِ اللُّفافةِ ودراهمِ السُّكَّر كما هو عادةُ سمرقندَ، فإنَّه يَلزَمُ دفعُهُ على مَن صدَّقَ العُرفَ من غيرِ تردُّدٍ في إعطاءِ مثلِها من مثلِهِ ما لم يَشْرِطا عدمَ دفعِهِ، والعُرفُ الضَّعيفُ لا يُلحِقُ المسكوتَ عنه بالمشروطِ)).

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أو قدر ما يعجَّل، اعلم أنَّه إمَّا أن يصرِّحا بحلول أو تأجيل، أو يسكتا، فإن صرَّحا بتأجيل؛ فإمَّا أن يكون للكلِّ أو للبعض، والأجلُ فيهما إمَّا أن يكون معلوماً أو مجهولاً، متفاحشاً أو متقارباً، وفي كلٍّ من هذه الستة: إمَّا أن يشترط الدخول قبل حلول الأجل أو لا، وكلٌّ من الاثني عشر، إمَّا أن يكون في العقد أو بعده، فالصور ستة وعشرون، هكذا يفهم من "البحر")). ق١٦٥/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٠.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٦/أ.

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل وأما بيان ما يجب به المهر ٢/٢٨٨ـ٢٨٩.

(٥) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل: في حبس المرأة نفسها بالمهر ١/٣٨٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بخلاف مجهول الجنس)).

(إنْ لم يُؤجَّلْ) أو يُعجَّلْ (كلُّهُ) فكمــا شَـرَطا؛ لأنَّ الصَّريـح يَفُـوقُ الدِّلالـةَ، إلاَّ إذا جُهِلَ الأجلُ جهالةً فاحشةً فيجبُ حالاً، "غاية"........................

[١٢١٩٧] (قولُهُ: إنْ لم يُؤجَّلْ) شرطٌ في قولِهِ: ((أو أخذِ قَدْرِ ما يُعجَّلُ لمثلِهـا))، يعـني: أنَّ محلَّ ذلك إذا لم يَشترِطا تأجيلَ الكلِّ أو تعجيلَهُ، "ط"[1]. وكـذا البعضُ كمـا قدَّمَـهُ[2] في قولِـهِ: ((كُلاًّ أو بعضاً))، وفي "الفتح"[3]: ((حكمُ التَّأجيلِ بعدَ العَقْدِ كحكمِهِ فيه)).

[١٢١٩٨] (قولُهُ: فكما شَرَطا) جوابُ شرطٍ محذوفٍ تقديرُهُ: فإنْ أُجِّلَ كلُّهُ أو عُجِّلَ كلُّـهُ، "ح"[4]. وفي مسألةِ التَّأجيلِ خلافٌ يأتي[5].

٢/٣٥٨ [١٢١٩٩] (قولُهُ: لأنَّ الصَّريح إلخ) أي: يُعتبَرُ ما شَـرَطا وإنْ تُعُورِفَ تعجيـلُ البعضِ؛ لأنَّ الشَّرطَ صريحٌ والعُرفَ دلالةٌ، والصَّريحُ أقوى.

[١٢٢٠٠] (قولُهُ: إلاَّ إذا جُهِلَ الأجلُ) ((إذا)) هنا ظرفيَّةٌ، فهو اسـتثناءٌ مـن أعـمِّ الظُّـروفِ، أي: فكما شَرَطا في كلِّ وقتٍ إلاَّ في وقتِ جَهْلِ الأَجَلِ، فافهم.

قال في "البحر"[6]: ((فإنْ كانَتْ جهالةً مُتقاربةً كالحصادِ والدِّياسِ ونحوِهِ فهو[7] كـالمعلومِ علـى الصَّحيـح كمـا في "الظَّهيريَّـة"[8] بخلاف البيـع، فإنَّـه لا يجوزُ بهـذا الشَّـرطِ، وإنْ كـانَتْ مُتفاحِشةً كـ: إلى الميسرةِ، أو إلى هُبوبِ الرِّيحِ، أو إلى أنْ تَمطُرَ السَّماءُ فالأَجَلُ لا يَثْبُتُ، ويجـبُ المهرُ حالاً، وكذا في "غاية البيان")) اهـ.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٣/٢.

(٢) "در" صـ٤٧٨ــ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٤٩/٣.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٦/أ.

(٥) المقولة [١٢٢٠٢] قوله: ((فيصحُّ للعرف)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٠/٣.

(٧) ((فهو)) ساقطة من "الأصل".

(٨) "الظهيرية": كتاب النكاح – الفصل السابع في المهور ق٨٠/ب.

إلاَّ التَّأجيلَ لطلاق أو موتٍ فيصحُّ للعُرْفِ، "بزَّازيَّة". وعن "الثاني": لها منعُهُ إنْ أجَّلَهُ كلَّهُ، وبه يُفتَى استحساناً، "ولواجيَّة"[١]. وفي "النَّهر"[٢]: ((لو تَزوَّجَها على مائةٍ على حكمِ الحُلُولِ..

[١٢٢٠١] (قولُهُ: إلاَّ التَّأجيلَ) استثناءٌ من المستثنى، "ح"[٣].

[١٢٢٠٢] (قولُهُ: فيصحُّ للعُرفِ) قال في "البحر"[٤]: ((وذكَرَ في "الخلاصة"[٥] و"البزَّازيَّة"[٦] اختلافاً فيه، وصحَّحَ أنَّه صحيحٌ، وفي "الخلاصة"[٧]: وبالطَّلاق يتعجَّلُ المؤجَّلُ، ولو راجَعَها لا يتأجَّلُ اهـ. يعني: إذا كان التَّأجيلُ إلى الطَّلاق، أمَّا لو إلى مُدَّةٍ مُعيَّنةٍ لا يتعجَّلُ بالطَّلاق كما قد يقعُ في مصرَ مِنْ جَعْلِ بعضِهِ حالاً وبعضِهِ مُؤجَّلاً إلى الطَّلاق أو [٣/ق١١٤/ب] الموتِ وبعضِهِ مُنجَّماً، فإذا طَلَّقَها تعجَّلَ البعضُ المؤجَّلُ لا المنجَّمُ، فتأخذُهُ بعد الطَّلاق على نجومِهِ كما تأخذُهُ قبلَهُ، واختُلِفَ هل يتعجَّلُ المؤجَّلُ بالطَّلاق الرَّجعيِّ مطلقاً أو إلى انقضاء العِدَّة؟ وجزَمَ في "القنية"[٨] بالثَّاني، وعزاه إلى عامَّة المشايخ، ولو ارتدَّتْ ولَحِقَتْ ثمَّ أسلَمَتْ وتَزوَّجَها فالمختارُ أنَّه لا يُطالَبُ بالمهرِ المؤجَّلِ إلى الطَّلاق كما في "الصَّيرفيَّة"؛ لأنَّ الرِّدَّةَ فسخٌ لا طلاقٌ)) اهـ ملخَّصاً.

[١٢٢٠٣] (قولُهُ: وبه يُفتَى استحساناً) لأنَّه لَمَّا طلَبَ تأجيلَهُ كلَّهُ فقد رَضِيَ بإسقاطِ حقِّهِ في الاستمتاعِ، وفي "الخلاصة"[٩]: ((أنَّ الأستاذ "ظهيرَ الدِّين" كان يُفتي بأنَّه ليس لها الامتناعُ، و"الصَّدرَ الشَّهيد" كان يُفتي بأنَّ لها ذلك)) اهـ. فقد اختلَفَ الإفتاءُ، "بحر"[١٠].

---

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني في التوكيل والرسالة إلى آخره ق٤٨/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٦/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٦/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٠/٣.

(٥) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٢/أ.

(٦) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٢/أ.

(٨) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في المهور ق٣٥/أ.

(٩) "خلاصة الفتاوى": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ق٨٢/أ.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٠/٣.

....

قلت: والاستحسانُ مُقدَّمٌ، فلذا جزَمَ به الشَّارحُ، وفي "البحر"[1] عن "الفتح"[2]: ((وهذا كلُّهُ إذا لم يَشترِطِ الدُّخولَ قبل حُلُولِ الأجل، فلو شرَطَهُ ورَضِيَتْ به[3] ليس لها الامتناعُ اتِّفاقاً)) اهـ.

(تنبيهٌ)

يُفهَمُ من قول "الشَّارح": ((إنْ أَجَّلَهُ كلَّهُ)) أنَّه لو أَجَّلَ البعضَ ودفَعَ المعجَّلَ ليس لها الامتناعُ على قول "الثَّاني"، مع أنَّه في "شرح الجامع" لـ"قاضي خان"[4] ذكَرَ أوَّلاً: ((أنَّه لو كان المهرُ مؤجَّلاً ليس لها المنعُ قبل حُلُولِ الأَجَلِ ولا بعدَهُ، وكذا لو كان المؤجَّلُ بعضَهُ واستوفَت العاجلَ[5]، وكذا لو أَجَّلَتْهُ بعد العَقْدِ))، ثمَّ قال[6]: ((وعلى قول "أبي يوسف" لها المنعُ إلى استيفاءِ الأجلِ في جميعِ هذه الفصولِ إذا لم يكن دخَلَ بها إلخ))، وهذا مخالفٌ لقولِ "المصنِّف": ((لأخذِ ما بُيِّنَ تعجيلُهُ إلخ))، لكنْ رأيتُ في "الذَّخيرة" عن "الصَّدر الشَّهيد" أنَّه قال في مسألةِ تأجيلِ البعض: ((أنَّ له الدُّخولَ بها في ديارِنا بلا خلافٍ؛ لأنَّ الدُّخولَ عند أداءِ

(قولُهُ: وهذا مُخالِفٌ لقول "المُصنِّف" إلخ) فيه أنَّ ما ذكره عن "شرح الجامع" ليس فيه مُخالفةٌ لِمَا في "المُصنِّف"؛ لأنَّه جرَى فيه على قولِ غيرِ "أبي يوسف". نعم فيه مخالفةٌ لتقييدِ "الوَلوالِجيَّة" المَنْعَ بتأجيلِ الكُلِّ، وعلى عبارة "شرح الجامع" لا فَرْقَ في المَنْعِ على قوْلِ "أبي يوسف" بين تأجيلِ الكُلِّ أو البعضِ، وقد تُدْفَعُ المُخالفةُ بأنَّ ما في "الوَلوالِجيَّة" من تقييدِ المَنْعِ بما إذا أَجَّلَ الكُلَّ روايةٌ عن "أبي يوسف"، وما في "شرح الجامع" من إطلاق المَنْعِ لتأجيلِ الكُلِّ أو البعض قوْلُ "أبي يوسف"، أو بأنَّ تقييدَ "الوَلوالِجيَّة" بتأجيلِ الكُلِّ ليس احترازاً عن تأجيل البعض، فهو غيرُ مُعتبَرِ المفهُومِ بالنِّسبة لتأجيل البعض، لكن في الأظهر دَفْعُ المُخالَفةِ الأوَّلُ، وحينئذٍ يكونُ المُفْتى به روايةَ "أبي يوسف" لا قولَهُ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٠.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٤٩.

(٣) ((به)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب في المهور ق٩٨/أ بتصرف.

(٥) في "الأصل": ((الأجل)).

(٦) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب في المهور ق٩٨/أ بتصرف.

على أنْ يُعجِّلَ أربعين لها منعُهُ حتَّى تقبضَهُ)).

(و) لها (النَّفقةُ) بعد المنعِ (و) لها (السَّفرُ والخروجُ من بيتِ زوجِها للحاجةِ، و) لها (زيارةُ أهلِها بلا إذنِهِ[1] ما لم تقبضْهُ) أي: المعجَّلَ،..........

المعجَّلِ مشروطٌ عُرفاً، فصارَ كالمشروط[2] نصّاً، أمَّا في تأجيلِ الكُلِّ فغيرُ مشروطٍ لا عُرفاً ولا نصّاً، فلم يكن له الدُّخولُ على قول "الثَّاني" استحساناً)) اهـ، فافهم.

[١٢٢٠٤] (قولُهُ: على أنْ يُعجِّلَ أربعين) أي: قبلَ الدُّخول.

[١٢٢٠٥] (قولُهُ: لها مَنْعُهُ حتَّى تَقبِضَهُ) أي: تَقبِضَ الباقيَ بعد الأربعين؛ إذ ليس في اشتراطِ تعجيلِ البعضِ مع النصِّ على حُلُولِ الجميع دليلٌ على تأخيرِ الباقي إلى الطَّلاقِ أو الموتِ بوجهٍ من وُجُوهِ الدِّلالات، والذي عليه العادةُ في مثلِ هذا التَّأخيرُ إلى اختيارِ المطالبة، "بحر"[3] عن "فتاوى العلاَّمة قاسمٍ".

(فرعٌ)

في "الهنديَّة"[4] عن "الخانيَّة"[5]: ((تَزَوَّجَها بألفٍ على أنْ يَنقُدَها ما تيسَّرَ له والبقيَّةُ إلى سنةٍ [٣/ق١١٤/ب] فالألفُ كلُّهُ إلى سنةٍ ما لم تُبرهِنْ أنَّه تيسَّرَ له منه شيءٌ أو كلُّهُ فتأخذَهُ)).

[١٢٢٠٦] (قولُهُ: ولها النَّفقةُ بعدَ المنعِ) أي: المنع لأجلِ قبضِ المهر، ويَشمَلُ المنعَ من الوطءِ

(قولُ "الشَّارح": للحاجة) ولغيرِها لا تخرجُ ولو خاليةً من الأزواج؛ للأمر بالقَرَار في البُيُوت.

(قولُهُ: ويَشْملُ المَنْعَ من الوطءِ وهي في بيته، وهو ظاهرٌ إلخ) إذْ لو مَنَعَتْهُ من الوطء وهي في بيته بعد

---

(١) في "د" زيادة: ((للرجل أن يأذن لامرأته بالخروج إلى سبعة مواضع: الأول: زيارة الأبوين، وعيادتهما، أو عيادة أحدهما، وتعزيتهما، أو تعزية أحدهما. والثاني: زيارة الأقرباء. والثالث: إذا كانت قابلة. والرابع: إذا كانت غسَّالة. والخامس: إذا كان لها على آخرَ حقٌّ. والسادس: عكسه، وفي نحو هذه الصور يجوز لها أن تخرج بغير إذن الزوج. والسابع: الحج. ويجوز لها الخروج بغير إذنه إن خافت انهدام الدار وهلاكها، وإلى تَعلُّم علم الفرض، وماء التوضي، ومسألة العلم، وإعانة الأبوين، وتمامه في "التتارخانية" في الفصل الحادي والعشرين)). ق١٦٥/أ.

(٢) ((كالمشروط)) ساقطة من "آ".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩١/٣.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٥) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ٣٨١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

فلا تَخرُجُ إلاَّ لحقٍّ لها أو عليها، ....

وهي في بيتِهِ، وهو ظاهرٌ، وكذا لو امتَنَعَتْ من النُّقلةِ إلى بيتِهِ فلها النَّفقةُ كما يأتي[1] في بابها، وكذا لو سافرَتْ، ويُشكِلُ عليه أنَّ النَّفقة جزاءُ الاحتباس، ولهذا لو كانَتْ مغصوبةً أو حاجَّةً وهو ليس معها لا نفقةَ لها مع أنَّها لم تَحتبِسْ بعذرٍ، وقد يجابُ بأنَّ التَّقصيرَ جاء من جهَتِهِ بعدمِ دفعِ المهر، فكانت مُحتبِسةً حكماً، كما لو أخرَجَها من منزلِهِ فلها النَّفقةُ بخلافِ المغصوبةِ والحاجَّةِ، فإنَّ ذلك ليس من جهَتِهِ، هذا ما ظهَرَ لي.

[١٢٢٠٧] (قولُهُ: فلا تَخرُجُ إلخ) جوابُ شرطٍ مُقدَّرٍ، أي: فإنْ قَبَضَتْهُ فلا تَخرُجُ إلخ، وأفاد به تقييدَ كلامِ المتن، فإنَّ مقتضاه أنَّها إنْ قَبَضَتْهُ ليس لها الخروجُ للحاجَةِ وزيارةِ أهلها بلا إذنِهِ، مع أنَّ لها الخروجَ وإنْ لم يَأذَنْ في المسائلِ التي ذكَرَها "الشَّارحُ" كما هو صريحُ عبارتِهِ في "شرحِهِ" على "الملتقى"[2] عن "الأشباه"[3]، وكذا فيما لو أرادَتْ حَجَّ الفرضِ بمَحرَمٍ، أو كان أبوها زَمِناً مثلاً يَحتاجُ إلى خدمتِها ولو كان كافراً، أو كانَتْ لها نازلةٌ ولم يَسأَلْ لها الزَّوجُ عنها من عالِمٍ، فتَخرُجُ بلا إذنِهِ في ذلك كلِّه كما بسَطَهُ في نفقاتِ "الفتح"[4] خلافاً لِما في "القهستاني"[5] وإنْ تَبِعَهُ "ح"، حيث قال[6]: ((بعدَ الأخذِ ليس لها أنْ تَخرُجَ بلا إذنِهِ أصلاً))، فافهم.

أخْذِ المهرِ لا يُعدُّ نُشُوزاً، ولها النَّفَقةُ فهنا أَولى اهـ.

(قولُهُ: مع أنَّها لم تَحتبِسْ بعُذْرٍ إلخ) النَّفيُ مُسلَّطٌ على المُقيَّد دون قيدِهِ، والباءُ للسَّببيَّة للاحتباس، تأمَّل.

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٨٩٩] قوله: ((إذا لم يطالبها إلخ)).

(٢) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ فصل: ولا يجب شيء سمي أولا بلا وطء ١/٣٥٨ (هامش "مجمع الأنهر").

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب النكاح صـ٢٠٥ـ.

(٤) "الفتح": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٤/٢٠٨.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٩١.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٦/أ.

أو لزيارةِ أبويها كلَّ جمعةٍ مرَّةً، أو المحارمِ كلَّ سَنَةٍ، أو لكونِها[١] قابلةً أو غاسلةً...

[١٢٢٠٨] (قولُهُ: أو لزيارةِ أبويها) سيأتي[٢] في بابِ النَّفقاتِ عن "الاختيار" تقييدُهُ بما إذا لم يَقدِرا على إتيانِها، وفي "الفتح"[٣]: ((أنَّه الحقُّ))، قال: ((وإنْ لم يكونا كذلك ينبغي أنْ يُؤذَنَ لها في زيارتِهما في الحينِ بعدَ الحينِ على قَدْرٍ مُتعارَفٍ، أمَّا في كلِّ جمعةٍ فهو بعيدٌ، فإنَّ في كثرةِ الخروج فتحَ بابِ الفتنةِ، خصوصاً إنْ كانَتْ شابَّةً والرَّجُلُ من ذوي الهيئات)). ٣٥٩/٢

[١٢٢٠٩] (قولُهُ: أو لكونِها قابلةً أو غاسلةً) أي: تَغسِلُ الموتى كما في "الخانيَّة"[٤]، وسيذكرُ "الشَّارح"[٥] في النَّفقات عن "البحر": ((أنَّ له مَنْعَها لتقدُّمِ حقِّهِ على فرضِ الكفاية))، وكذا بَحَثَهُ "الحمويُّ"[٦]، وقال "ط"[٧]: ((إنَّه لا يُعارِضُ المنقولَ))، وقال "الرَّحمتيُّ": ((ولعلَّه محمولٌ على ما إذا تعيَّنَ عليها ذلك)) اهـ.

قلت: لكنَّ المتبادر من كلامِهم الإطلاقُ، ولا مانعَ من أنْ يكونَ تَزَوُّجُهُ بها مع علمِهِ بحالِها رضًا بإسقاطِ حقِّهِ، تأمَّل. ثمَّ رأيتُ في نفقات "البحر"[٨] ذكَرَ عن "النَّوازل": ((أنَّها تَخرُجُ بإذنٍ

(قولُهُ: وسيذكُرُ "الشَّارحُ" في النَّفَقات عن "البحر" أنَّ له منْعَها إلخ) لا مُنافاةَ؛ فإنَّه لا يلزمُ من جواز خُرُوجها عدمُ منْعِ الزَّوج لها، فهذا البحثُ لا يُعارضُ المَنقولَ، كما في خُرُوجها للحمَّام؛ فإنَّه جائزٌ، وله منْعُها. وفي "السِّنْديِّ": ((وممَّا يُقوِّي بحْثَ "الحَمَويِّ" ما تقدَّمَ: أنَّ للزَّوج أن يَمنعَها من الخُرُوج ليلاً، ومن الكَسْب حتَّى في بيتها)). والحاصلُ أنَّ الزَّوجَ إنْ لم يكن مانعاً من العمل جاز أن تخرجَ بلا إذْنِه في وقتٍ تأْمنُ احتياجَهُ إليها، وإنْ مَنَعَها فلا خُرُوجَ إلاَّ إذا تعيَّنتْ.

---

(١) في "ب" و"ط": ((ولكونها)).

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [١٦١١٣] قوله: ((على ما اختاره في "الاختيار")).

(٣) "الفتح": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب النفقة ـ فصل في حقوق الزوجية ٤٤٣/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٦١٢٥] قوله: ((وكلّ عملٍ ولو تبرُّعاً لأجنبيٍّ)).

(٦) "غمز عيون البصائر": الفن الثاني ـ كتاب النكاح ١٠٨/٢-١٠٩.

(٧) "ط" كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٤/٢ بتصرف.

(٨)"البحر": كتاب النكاح ـ باب النفقة ٢١٢/٤، ناقلاً عن "النوازل" بواسطة "الخلاصة".

لا فيما عدا ذلك، وإنْ أَذِنَ كانا عاصيين، والمعتمدُ جوازُ الحمَّامِ بلا تَزيُّنٍ، "أشباه"[١]. وسيجيءُ في النَّفقةِ.

(ويُسافِرُ بها بعدَ أداءِ كلِّهِ) مؤجَّلاً ومعجَّلاً (إذا كان مأموناً عليها، وإلاَّ) يُؤدِّ كلَّهُ، أو لم يكن مأموناً (لا) يُسافِرُ بها، وبه يُفتَى كما في "شروح المجمع"، واختارَهُ في "ملتقى الأبحر"[٢] و"مجمع الفتاوى"، واعتمَدَهُ "المصنِّفُ"،.........................

وبدونِهِ))، ثمَّ نقَلَ[٣] عن "الخانيَّة"[٤] تقييدَهُ بإذنِ [٣/ق١١٥/أ] الزَّوجِ.

[١٢٢١٠] (قولُهُ: لا فيما عدا ذلك) عبارةُ "الفتح"[٥]: ((وما عدا ذلك من زيارةِ الأجانبِ وعِيادتِهم والوليمةِ لا يَأْذَنُ لها، ولا تَخرُجُ إلخ)).

[١٢٢١١] (قولُهُ: والمعتمدُ إلخ) عبارتُهُ فيما سيجيءُ[٦] في النَّفقة: ((وله مَنْعُها من الحمَّام إلاَّ لنُفَساءَ وإنْ جازَ بلا تَزيُّنٍ وكشفِ عورةِ أحدٍ، قال "الباقانيُّ": وعليه فلا خلافَ في منعِهنَّ؛ للعلمِ بكشفِ بعضِهنَّ، وكذا في "الشُّرنبلاليَّة"[٧] مَعزيّاً لـ"الكمال"[٨])) اهـ.

وليس عدمُ التَّزيُّنِ خاصّاً بالحمَّام[٩]؛ لِما قالَهُ "الكمال"[١٠]: ((وحيث أَبحنا لها الخروجَ فبِشرطِ عدمِ الزِّينةِ في الكُلِّ وتغييرِ الهيئة إلى ما لا يكونُ داعِيةً إلى نظرِ الرِّجالِ واستِمالتِهم)).

مطلبٌ في السَّفرِ بالزَّوجة

[١٢٢١٢] (قولُهُ: مُؤجَّلاً ومُعجَّلاً) تفسيرٌ لقولِهِ: ((كلِّهِ))، والنَّصبُ بتقديرِ: يعني، قال

---

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد ـ كتاب النكاح صـ٢٠٥ـ بتصرف.

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥١/١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب النفقة ٢١٢/٤.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ـ فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٨٦/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتح": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [١٦١٢٩] قوله: ((ومن الحمام إلخ)).

(٧) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب النفقة ٤١٦/١ـ٤١٧ (هامش "الدرر والغرر").

(٨) "الفتح": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٢٠٨/٤.

(٩) في "د" زيادة: ((بل يعمُّ كل خروج "منح")) ق١٦٥/أ.

(١٠) "الفتح": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٢٠٨/٤.

وبه أفتى شيخُنا "الرَّمليُّ"[(١)]، لكنْ في "النَّهـر": ((والـذي عليـه العمـلُ في ديارِنـا أنَّـه لا يُسافِرُ بها جبراً عليها))، ....

في "البحر"[(٢)] عن "شرح المجمع": ((وأفتى بعضُهم بأنَّه إذا أَوفاها المعجَّلَ والمؤجَّلَ وكـان مأمونـاً سافَرَ بها، وإلاَّ لا؛ لأنَّ التَّأجيلَ إنمـا يَثبُتُ بحكمِ العُرفِ، فلعلَّهـا إنمـا رَضِيَـتْ بالتَّـأجيلِ لأجـل إمساكِها في بلدِها، أمَّا إذا أخرَجَها إلى دارِ الغُربةِ فلا إلخ)).

[١٢٢١٣] (قولُهُ: لكنْ في "النَّهر"[(٣)] إلخ) ومثلُهُ في "البحـر"[(٤)]، حيـث ذكَـرَ أوَّلاً: ((أنَّـه إذا أَوفاهـا المعجَّـلَ فـالفتوى علـى أنَّـه يُسـافِرُ بهـا كمـا في "جـامع الفصولـين"[(٥)]، وفي "الخانيَّـة"[(٦)] و"الولوالجيَّة"[(٧)]: أنَّه ظـاهرُ الرِّوايـةِ))، ثـمَّ ذكَـرَ[(٨)] عـن الفقيهـين "أبـي القاسـم الصَّفَّـار" و"أبـي اللَّيثِ": ((أنَّه ليس له السَّفرُ مطلقاً بـلا رِضاهـا لفسـادِ الزَّمـان؛ لأنَّهـا لا تـأمنُ علـى نفسِـها في منزِلِها، فكيف إذا خَرَجَتْ))، و((أنَّه صرَّحَ في "المختار"[(٩)]: بأنَّ عليه الفتوى، وفي "المحيط": أنَّه المختارُ، وفي "الولوالجيَّة"[(١٠)]: أنَّ جوابَ ظـاهرِ الرِّوايـة كـان في زمـانِهم، أمَّـا في زمانِنـا فـلا))، وقال[(١١)]: ((فجَعَلَهُ من بـابِ اختـلافِ الحكـم بـاختلافِ العصرِ والزَّمـانِ كمـا قـالوا في مسـألة الاستئجارِ على الطَّاعات))، ثمَّ ذكَرَ[(١٢)] ما في المتن عن "شرح المجمع" لمصنِّفِه، ثمَّ قال[(١٣)]:

---

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٩.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٦/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٢.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل العشرون: في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ١/٢٦٤.

(٦) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ـ فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ١/٣٨٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني: التوكيل في النكاح والرسالة والكتابة والكفاءة والمهر والنفقة ق٥٠/أ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٢.

(٩) "الاختيار": كتاب النكاح ـ فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير... ٣/١٠٩.

(١٠) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني: التوكيل في النكاح والرسالة والكتابة والكفاءة والمهر والنفقة ق٥٠/أ.

(١١) أي صاحب البحر ٣/١٩٢.

(١٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٢.

(١٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٢.

وجزَمَ به "البزَّازيُّ" وغيرُهُ، وفي "المختار"(١): ((وعليه الفتوى))،................

((فقد اختلَفَ الإفتاءُ، والأحسنُ الإفتاءُ بقولِ الفقيهَيْنِ من غيرِ تفصيلٍ، واختارَهُ كثيرٌ من مشايخنا كما في "الكافي"(٢)، وعليه عملُ القُضاةِ في زماننا كما في "أنفع الوسائل")) اهـ.

ولا يقال: إنَّه إذا اختلَفَ الإفتاءُ لا يُعدَلُ عن ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنَّ ذلك فيما لا يكونُ مبنيّاً على اختلافِ الزَّمان كما أفادَهُ كلامُ "الولوالجيَّة" وقولُ "البحر"(٣): ((فجَعَلَهُ إلخ))، فإنَّ الاستئجارَ على الطَّاعاتِ كالتَّعليمِ ونحوِهِ لم يَقُلْ بجوازِهِ "الإمام" ولا "صاحباه"، وأفتى به المشايخُ للضَّرورةِ التي لو كانت في زمانِ "الإمام" لقال به، فيكونُ ذلك مذهبَهُ حكماً كما أوضَحْتُ [٣/ق١١٥/ب] ذلك في شرحِ أُرجُوزتِي المنظومةِ في "رسم المفتي"(٤)، فافهم.

[١٢٢١٤] (قولُهُ: وجزَمَ به "البزَّازيُّ"(٥)) كذا في "النَّهر"(٦)، مع أنَّ الذي حَطَّ عليه كلامُ "البزَّازيِّ" تفويضُ الأمرِ إلى المفتي، فإنَّه قال: ((وبعد إيفاءِ المهرِ إذا أرادَ أنْ يُخرِجَها إلى بلادِ الغُربة يُمنَعُ من ذلك؛ لأنَّ الغريب يُؤذَى ويتضرَّرُ لفسادِ الزَّمان: (شعرٌ) [خفيف]

ما أذَلَّ الغريبَ ما أشقاهُ ... كلَّ يومٍ يُهينُهُ مَن يَراهُ

كذا اختارَ "الفقيهُ"، وبه يُفتَى، وقال "القاضي": قولُ الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطَّلاق-٦] أَولى من قول "الفقيه"، قيل: قولُهُ تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ [الطلاق-٦] في آخرِهِ دليلُ قولِ "الفقيه"؛ لأنَّا قد عَلِمنا من عادةِ زمانِنا مُضارَّةً قطعيَّةً في الاغترابِ بها، واختار في "الفصول" قولَ "القاضي"، فيُفتِي بما يقعُ عنده من المُضارَّةِ وعدمِها؛ لأنَّ المفتيَ إنما يُفتي بحسبِ ما يقعُ عنده من المصلحة)) اهـ.

---

(١) انظر "الاختيار": كتاب النكاح فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير ١٠٩/٣.

(٢) "كافي النسفي": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١١٥/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٢/٣.

(٤) "مجموع رسائل ابن عابدين": الرسالة الأولى: رسم المفتي ـ مسألة الاستئجار على تعليم القرآن ٢٥،١٣/١.

(٥) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ١٣٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٦/ب.

....

فقولُهُ: ((فيُفتِي إلخ)) صريحٌ في أنَّه لم يَجزِمْ بقولِ "الفقيه" ولا بقولِ "القاضي"، وإنما جزَمَ بتفويضِ ذلك إلى المفتي المسؤولِ عن الحادثةِ، وأنَّه لا ينبغي طَرْدُ الإفتاءِ بواحدٍ من القولين على الإطلاق، فقد يكونُ الزَّوجُ غيرَ مأمونٍ عليها يريدُ نَقْلَها من بينِ أهلها ليُؤذِيَها أو يأخذَ مالَها، بل نقَلَ بعضُهم أنَّ رَجُلاً سافرَ بزوجتِهِ، وادَّعى أنَّها أَمَتُهُ وباعَها، فمَن عَلِمَ منه المفتي شيئاً مِن ذلك لا يَحِلُّ له أنْ يُفتيَهُ بظاهرِ الرِّواية؛ لأنَّا نعلَمُ يقيناً أنَّ "الإمام" لم يَقُل بالجوازِ في مثل هذه الصُّورةِ، وقد يَتَّفِقُ تزوُّجُ غريبٍ امرأةً غريبةً في بلدةٍ، ولا يتيسَّرُ له فيها المعاشُ، فيُريدُ أنْ يَنقُلَها إلى بلدِهِ أو غيرِها وهو مأمونٌ عليها، بل قد يريدُ نَقْلَها إلى بلدِها، فكيف يجوزُ العُدُولُ عن ظاهرِ الرِّوايةِ في هذه الصُّورة والحالُ أنَّه لم يوجد الضَّررُ الذي علَّلَ به[1] القائلُ بخلافِهِ؟! بل وُجِدَ الضَّررُ للزَّوجِ دونها، فنَعلَمُ يقيناً أيضاً أنَّ مَن أفتى بخلافِ ظاهر الرِّواية لا يقولُ بالجوازِ في مثل هذه الصُّورةِ، ألا ترى أنَّ مَن ذهَبَ بزوجتِهِ للحجِّ، فأقامَ[2] بها في مكَّةَ مدَّةً، ثمَّ حَجَّ وامتَنَعَتْ من السَّفرِ معه إلى بلدِهِ هل يقولُ أحدٌ بمنعِهِ عن السَّفرِ بها وبتَرْكِها وحدَها تفعلُ ما أرادت؟ فتعيَّنَ تفويضُ الأمرِ إلى المفتي، وليس هذا خاصّاً بهذه المسألةِ، بل لو عَلِمَ المفتي أنَّه يريدُ نَقْلَها من مَحَلَّةٍ ٢/٣٦٠

(قولُهُ: فتعيَّنَ تفويضُ الأمرِ إلى المُفْتِي إلخ) وقال في "أنفع الوسائل": ((والَّذي ينبغي أنْ يُنظرَ إلى وَطَنِ المرأة الَّذي فيه عَشيرتُها وقومُها؛ فإنْ كان تزوَّجَها فيه بين قَوْمِها ثمَّ طلَبَ بعد ذلك أن ينقُلَها إلى بلدٍ آخَرَ لا يُجابُ إلى ذلك، وإنْ كان في مِصْرٍ ليس لها فيه عشيرةٌ وقد تزوَّجها فيه وأصْلُها من مِصْرٍ آخرَ فينبغي أنْ لا يَحكُمَ لها بالمنعِ، وأيضاً ينبغي للحاكم أنْ يَستكشفَ عن حقيقة الحالِ، وينظُرَ في طلبه السَّفَرَ بأهله؛ فإن كان طلَبُهُ مُضارَّةً لأجل أن تُبرِئَهُ من المهْرِ، أو تترُكَ الكِسوةَ، أو لأمرٍ جرى بينهما من خُصُومةٍ أو نحوِها فلا يُجيبُه)) اهـ. وأقرَّه "الطُّوريُّ"، وفي "إجابة السَّائل".

---

(١) ((به)) ساقطة من "الأصل".

(٢) في "م": ((فقام)).

وفي "الفصول": ((يُفتِي بما يقعُ عنده من المصلحةِ)).

(ويَنقُلُها فيما دونَ مُدَّتِهِ) أي: السَّفَرِ (من المصرِ إلى القريةِ وبالعكس) ومن قريةٍ إلى قريةٍ؛ لأنَّه ليس بغُربةٍ، وقيَّدَهُ في "التَّاتارخانيَّة"[1] بقريةٍ يمكنُهُ الرُّجوعُ قبلَ اللَّيلِ إلى وطنِهِ، وأطلَقَهُ في "الكافي" قائلاً: ((وعليه الفتوى))......................

إلى مَحَلَّةٍ أخرى في البلدةِ بعيدةٍ عن أهلها لقَصْدِ إضرارِها لا يجوزُ له أنْ يُعِينَهُ على ذلك، ومَن أرادَ الاطِّلاعَ على [٣/ق١١٦/أ] أزيدَ من ذلك فلْيَنظُر في رسالتِنا المسمَّاة "نشر العَرْف في بناءِ بعض الأحكام على العُرْف"[2] التي شَرَحتُ بها بيتاً من أُرجُوزتِي في "رسم المفتِي"، وهو قولي: [رجز]

والعُرْفُ في الشَّرعِ له اعتبارُ ... لذا عليهِ الحُكْمُ قد يُدارُ

[١٢٢١٥] (قولُهُ: وفي "الفصول" إلخ) قد علمتَ[3] أنَّ هذا اختيارُ صاحب "البزَّازيَّة"، وأنَّ ما في "الفصول" غيرُهُ.

[١٢٢١٦] (قولُهُ: وقيَّدَهُ) الضَّميرُ يعودُ إلى النَّقلِ المفهومِ من قولِهِ: ((ويَنقُلُها))، وكذا الضَّميرُ في قولِهِ: ((وأطلَقَهُ))، وقولُهُ: ((يُمكِنُهُ الرُّجوعُ)) الأَولى: يُمكِنُها، وفي "الشُّرنبلاليَّة"[4]: ((وينبغي العملُ بالقولِ بعدمِ نَقْلِها من المصرِ إلى القريةِ في زماننا؛ لِما هو ظاهرٌ من فسادِ الزَّمانِ، والقولُ بنَقْلِها إلى القريةِ ضعيفٌ؛ لقولِ "الاختيار"[5]: وقيل: يُسافِرُ بها إلى قرى المصرِ القريبةِ؛ لأنَّها ليست بغُربةٍ اهـ. وليس المرادُ السَّفرَ الشَّرعيَّ بل النَّقلَ؛ لقولِهِ: لأنَّها ليست بغُربةٍ)) اهـ ما في "الشُّرنبلاليَّة".

---

(١) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل السابع عشر في المهر ـ نوع منه في المرأة التي منعت نفسها لمهرها ١١٦/٣ بتصرف، نقلاً عن "الحجة".

(٢) انظر رسالته المذكورة ضمن "مجموع رسائل ابن عابدين": ١٢٥/٢.

(٣) في المقولة السابقة.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٧/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "الاختيار": كتاب النكاح ـ فصل: وإن تزوجها على خمر أو خنزير... ١٠٩/٣.

(وإن اختلَفا) في المهرِ (ففي أصلِهِ[1]) حلَفَ مُنكِرُ التَّسميةِ، فإنْ نكَلَ ثبَتَتْ، وإنْ حلَفَ..

قلت: وفيه أنَّه بعدَ تصريح "الكافي"[2]: ((بأنَّ الفتوى على جوازِ النَّقلِ)) وقولِ "القنية"[3]: ((إنَّه الصَّوابُ)) كيف يكونُ ضعيفاً؟! نعم لو اقتَصَرَ على التَّرجيحِ بفسادِ الزَّمانِ لكان أَولى، لكنْ ينبغي العملُ بما مَرَّ[4] عن "البزَّازيَّة" من تفويضِ الأمرِ إلى المفتي، حتَّى لو رأى رَجُلاً يريدُ نَقْلَها للإضرارِ بها والإيذاءِ لا يُفتِيه، ولا سيَّما إذا كانَتْ من أشرافِ النَّاس ولم تكن القريةُ مَسكَناً لأمثالِها، فإنَّ المَسكَنَ يُعتبَرُ بحالِهما كالنَّفقةِ كما سيأتي[5] في بابها.

مطلبٌ: مسائلُ الاختلافِ في المهر

[١٢٢١٧] (قولُهُ: وإن اختَلَفا في المهرِ) قال في "الفتح"[6]: ((الاختلافُ في المهرِ إمَّا في قَدْرِهِ أو في أصلِهِ، وكلٌّ منهما إمَّا في حالِ الحياةِ أو بعد موتِهما أو موتِ أحدِهما، وكلٌّ منهما إمَّا بعدَ الدُّخولِ أو قبلَهُ)).

[١٢٢١٨] (قولُهُ: ففي أصلِهِ) بأنِ ادَّعَى أحدُهما التَّسميةَ وأنكَرَ الآخر.

[١٢٢١٩] (قولُهُ: حَلَفَ) أي: بعدَ عجزِ المدَّعي عن البرهانِ، ولم يتعرَّض الشَّارحون للتَّحليفِ لظُهُورِهِ كما في "البحر"[7].

---

(١) في "د" زيادة: ((أي: لو اختلفا في أصل المسمى؛ بأن ادَّعاه أحدهما ونفاه الآخر؛ فإنه يجب مهر المثل اتفاقاً. مدني)). ق١٦٥/أ.

(٢) "كافي النسفي": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١١٥/ب.

(٣) "القنية": كتاب النكاح ـ باب فيما يجوز للزوج والزوجة أن يفعل ق٣٥/ب.

(٤) المقولة [١٢٢١٤] قوله: ((وجزم به البزازي)).

(٥) المقولة [١٦١١٢] قوله: ((لكن نظر فيه "الشرنبلالي" إلخ)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٠.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٦-١٩٧.

(يجبُ مهرُ المثلِ) وفي المهرِ يَحلِفُ (إجماعاً)...........................

[١٢٢٢٠] (قولُهُ: يجبُ مهرُ المثلِ) قال في "البحر"[١]: ((ظاهرُهُ أنّه يجبُ بالغاً ما بلَغَ، وليس كذلك، بل لا يُزادُ على ما ادَّعَتْهُ المرأةُ لو هي المُدَّعيةَ للتَّسميةِ، ولا يُنقَصُ عمَّا ادَّعاهُ الزَّوجُ لو هو[٢] المُدَّعيَ لها كما أشار إليه في "البدائع"[٣])) اهـ.

قلت: هذا يَظهَرُ لو[٤] سَمَّى المُدَّعي شيئاً، وإلاَّ فلا، تأمَّل.

ثمَّ هذا مُقيَّدٌ بما إذا كانَ الاختلافُ قبل الطَّلاقِ مطلقاً، أو بعدَهُ بعدَ[٥] الدُّخولِ أو الخلوةِ، أمَّا لو طَلَّقَها قبل الدُّخولِ والخلوةِ فالواجبُ المتعةُ كما في "البحر"[٦]، ولم يتعرَّضْ له هنا لانفهامِهِ [٣/ق١١٦/ب] من قولِهِ الآتي[٧]: ((وفي الطَّلاقِ قبلَ الوطءِ حُكِّمَ متعةُ المثلِ)).

[١٢٢٢١] (قولُهُ: وفي المهرِ يُحلَّفُ إجماعاً) إشارةٌ إلى الرَّدِّ على "صدر الشَّريعة"، حيث قال: ((ينبغي أنْ لا يُحلَّفَ المنكرُ عند "أبي حنيفة"؛ لأنّه لا تحليفَ عنده في النِّكاحِ، فيجبُ مهرُ المثلِ))، قال في "البحر"[٨]: ((وفيه نظرٌ؛ لأنَّ التَّحليف هنا على المالِ لا على أصلِ النِّكاحِ، فيتعيَّنُ أنْ يُحلَّفَ[٩] مُنكِرُ التَّسميةِ إجماعاً)) اهـ، وكذا اعترَضَهُ صاحبُ "الدُّرر"[١٠] و"ابن الكمال"، ونَسَبَهُ إلى الوَهْم.

[١٢٢٢٢] (قولُهُ: إجماعاً) قيدٌ لقولِهِ: ((يجبُ))، ولقولِهِ: ((يُحلَّفُ)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٦/٣.

(٢) من ((المدعية)) إلى ((لو هو)) ساقط من "آ".

(٣) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٣٠٥/٢.

(٤) في "م": ((ولو)).

(٥) في "م": ((وبعد)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٦/٣.

(٧) "در" صـ٤٩٨ـ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٦/٣ـ١٩٧.

(٩) في "آ": ((لا يحلف))، وهو خطأ.

(١٠) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٧/١.

و) إنِ اختَلَفا (في قَدْرِهِ...

[١٢٢٢٣] (قولُـهُ: وإن اختلَفـا في قَـدْرِهِ) أي: نَقْـداً كـان أو مكيـلاً أو موزونـاً وهـو دَيْـنٌ موصوفٌ في الذِّمَّةِ أو عَيْنٌ، وقيَّدَ بالقَدْرِ لأنَّه لو كان في جنسِهِ كـالعبدِ والجاريـةِ، أو صِفَتِـهِ مـن الجَودةِ والرَّداءةِ، أو نوعِهِ كالتُّرْكيِّ والرُّوميِّ فإنْ كان المسمَّى عَيْناً فالقولُ للزَّوج، وإنْ كان دَيْنـاً فهو كالاختلافِ في الأصلِ، وتمامُهُ في "البحر"[١].

(قولُهُ: وتَمامُه في "البحر") قال فيه: ((قيَّدَ بالقدْرِ لأنَّه لو اختلَفَا في جِنْس المهْرِ، أو نوعِهِ، أو صفتِهِ فإنَّه لا يخلو: إمَّا أن يكونَ المُسمَّى دَيْناً، أو عَيْناً، فإنْ كان دَيْناً فـإنْ في الجِنْس، كمـا إذا قـال: إذا تزوَّجتُـكِ على عبدٍ، فقالت: على جاريةٍ. أو على كُرٍّ شَعيرٍ، فقالَت: على كُرٍّ حِنْطةٍ. أو على ثيـابٍ هَرَوِيَّـةٍ، أو قـال: على ألْف درهمٍ، وقالت: على مائة دينارٍ. أو كان في النَّوعِ، كالتُّرْكيِّ مع الرُّوْميِّ، والدَّنانيرُ المِصْرِيَّةُ مـع السُّـوريَّة، أو في الصِّفَـة مـن الجُـوْدة والرَّدَاءةِ فـإنَّ الاختـلافَ فيـه كـالاختلاف في العَيْـنين إلاَّ الدَّراهـمَ والدَّنانـيرَ فـإنَّ الاختلافَ فيها كالاختلاف في الألْفِ والألْفَين؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ من الجنسَيْن والنَّوعَيْـن والمَوصوفَيْـن لا يُملَـكُ إلاَّ بالتَّراضي، بخلاف الدَّراهمِ والدَّنانيرِ فإنَّهما وإنْ كانا جنسَيْن مُختلفَيْـن لكنَّهُمـا في بـاب مهْـرِ المِثْـلِ جُعِـلا كجنسٍ واحدٍ، وإنْ كان المُسمَّى عَيْناً؛ بأنْ قال: تزوَّجتُكِ على هذا العبْدِ، وقالت: على هذه الجارية فهو مِثْـلُ الاختلاف في الألْفِ والألْفَين إلاَّ في فصلٍ واحدٍ وهو: ما إذا كان مهْرُ مِثْلِها مِثْلُ قيمـةِ الجاريـة أو أكـثرَ فلهـا قيمةُ الجارية لا عينُها؛ لأنَّ تَمْليكَ الجاريةِ لا يكونُ إلاَّ بالتَّراضي، و لم يتَّفِقا على تمليكها فلم يُوجَد الرِّضـا مـن صاحب الجارية بتمليكها فتعذَّرَ التَّسليمُ فيُقْضى بقيمتِها، بخلاف ما إذا اختلَفَا في الدَّراهم والدَّنانـيرِ فإنَّـه نظيرُ الاختلاف في الألْفِ والألْفَين على معنى أنَّ مهْرَ مِثْلِها إنْ كان مِثْلَ مائةِ دينارٍ أو أكثرَ فلها المائةُ دينار، كذا في "البدائع". وذكر في "المحيط" في الاختلافَ في الجِنْس أو النَّوْع أو الصِّفَة: ((إنْ كان المُسمَّى عَيْناً فـالقوْلُ قـوْلُ الزَّوجِ، وإنْ كان دَيْناً فهو كـالاختلاف في الأصـل)) اهـ. يعـني: يَجـبُ مهْـرُ المِثْـلِ، ولا يَخْفـى مـا فيـه مـن المُخالَفة؛ لِمَا في "البدائع": ((ونصُّ "المحيط البُرْهـاني"": لو ادَّعـى أنَّ المهْـرَ هـذا العبـدُ، وادَّعـتْ هـذه الجاريـةَ فالكلامُ فيه كالكلام في الألْف والألْفَين إلاَّ في فصلٍ واحدٍ: أنَّه إذا كان قيمةُ الجارية مِثْلُ مهْرِها أو أكـثرَ فلهـا قيمةُ الجارية، وعلى هذا إذا قال: تزوَّجتُك على عبدي هذا الأسودِ وقِيمتُهُ ألْفٌ، وقالت: على هـذا الأبيضِ

---

(١) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٤/٣-١٩٥.

حالَ قيام النِّكاحِ فالقولُ لِمَن شَهِدَ له مهرُ المثلِ) بيمينِهِ (وأيٌّ أقامَ بيِّنةً قُبلَتْ) سواءٌ (شَهِدَ مهرُ المثلِ له أوْ لها، أوْ لا ولا، وإنْ أقاما البيِّنةَ فبيِّنتُها) مُقدَّمةٌ (إنْ شَهِدَ مهرُ المثلِ له،.......

[١٢٢٢٤] (قولُهُ: حالَ قيامِ النِّكاحِ) أي: قبلَ الدُّخولِ أو بعدَهُ، وكذا بعدَ الطَّلاقِ والدُّخولِ، "رحمتي". أمَّا بعدَ الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ فيأتي[1].

[١٢٢٢٥] (قولُهُ: فالقولُ لِمَنْ شَهِدَ له مهرُ المثلِ) أي: فيكونُ القولُ لها إنْ كانَ مهرُ مثلِها كما قالَتْ أو أكثرَ، وله إنْ كانَ كما قالَ أو أقلَّ، وإنْ كانَ بينهما ــ أي: أكثرَ مما قالَ وأقلَّ مما قالَتْ ـ ولا بيِّنةَ تَحالَفَا ولَزِمَ مهرُ المثلِ، كذا في "الملتقى" و"شرحِهِ"[2]، وهذا على تخريجِ "الرَّازي".

وقيمتُهُ ألْفَان، ولو اختلَفَا في طعامٍ بعينه فقال: عليَّ أنَّه كرٌّ، وقالت: عليَّ أنَّه كُرَّان فهو مِثْلُ الاختلاف في الألْف والألْفَين، والأصلُ أنَّهما اتَّفقا على تسمية شيءٍ بعينه واختلَفَا في مِقْداره فإنْ كان لا يضُرُّه التَّبعيضُ بحُكْم مهرِ المِثْل، وإن يَضُرُّه، كالثَّوب المُعيَّن، إذا اختلَفَا في اشتراط أنَّه عشرةُ أذْرُعٍ أو تسعةٌ فالقوْلُ للزَّوج، ولا تحالُفَ، وكما إذا تزوَّجها على إبريقِ فِضَّةٍ بعينه ثم اختلَفَا في وزنه، وكما إذا اختلَفَا في الصِّفة في مُسمَّىً بعينه، كهذا الكُرِّ، فقال: على أنَّه رديءٌ، وقالت: على أنَّه جيِّدٌ، وكما لو اختلَفَا في اشتراط البَكارَة، وأنَّ المهْرَ دَيْنٌ واختلفا في صِفَته أو جِنْسه أو نَوْعه فإنَّه يُحكَمُ بمهْرِ المِثْلِ، ويَتحالفان؛ لأنَّ الدَّينَ إنَّما يُعرفُ بالصِّفة، والأوصافُ مُختلفةٌ فكان الاختلافُ في الوصف اختلافاً في أصْلِ التَّسمية، وإنْ اختلَفَا فيما لا يَضُرُّه في المِقْدار والصِّفة ففي المِقْدار يَحكُمُ مهرُ المِثْلِ، وفي الصِّفة القوْلُ للزَّوج اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد)) اهـ. فأنت تَرَى أنَّه في "المحيط" اعتبَرَ في اختلافِهما في جِنْس المهْرِ الدَّيْنَ، أو نَوْعَه، أو صِفَتَهُ أنَّه يُحْكَمُ بمهر المِثْلِ مع التَّحالُف، وعلَّلهُ: بأنَّ الدَّيْنَ إنَّما يُعْرفُ بالصِّفة إلخ، ولم يَجْعل أنَّ حُكْمَ ذلك كالاختلاف في أصْلِ التَّسمية المُتقدِّم في "المتن" بل جَعَله اختلافاً في التَّسمية بمعنى: أنَّ كُلاًّ ادَّعى تسميةَ شيءٍ غيرَ ما ادَّعاهُ الآخرُ بسبب اختلافِ الجِنْس أو النَّوْع أو الصِّفة، وأنَّ الَّذي يكونُ القوْلُ فيه للزَّوج: فيما إذا تزوَّجها على شيءٍ بعينه واختلَفَا في صفتِهِ أو وزْنه على الوجْهِ الَّذي ذَكَرَه فلا مُخالَفةَ بين ما في "البدائع" و"المحيط"، كما قال في "البحر"، وتَبِعَهُ في "النهر".

---

(١) "در" صـ٤٩٨ـ.

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥١/١.

....

وحاصلُهُ: أنَّ التَّحالُفَ فيما إذا خالَفَ قولَهما، أمَّا إذا وافَقَ قولَ أحدِهما فالقولُ له، وهو المذكورُ في "الجامع الصَّغير"[١]، وعلى تخريج "الكرخيِّ" يَتحالَفان في الصُّورِ الثَّلاثِ، ثمَّ يُحكَّمُ مهرُ المثل، وصحَّحَهُ في "المبسوط"[٢] و"المحيط"، وبه جزَمَ في "الكنز" في باب التَّحالُفِ[٣]، قال في "البحر"[٤]: ((ولم أرَ مَن رجَّحَ الأوَّلَ))، وتعقَّبَهُ في "النَّهر"[٥]: ((بأنَّ تقديم "الزَّيلعيِّ"[٦] وغيرِه له تَبَعاً لـ"الهداية"[٧] يُؤذِنُ بترجيحِهِ، وصحَّحَهُ في "النِّهاية"، وقال "قاضي خان": إنَّه الأَولى، ولم يَذكُرْ في "شرح الجامع الصَّغير"[٨] غيرَهُ، والأَولى البَداءةُ بتحليفِ الزَّوجِ، وقيل: يُقرَعُ بينهما)) اهـ.

قلت: بقيَ ما إذا لم يُعلَمْ مهرُ المثل كيف يُفعَلُ؟ والظَّاهرُ أنَّه يكونُ القولُ للزَّوجِ؛ لأنَّه مُنكِرٌ

(قولُهُ: بَقِيَ ما إذا لم يُعلَمْ مهرُ المِثْلِ إلخ) في "فتاوى قاضيخان" من فصل: فيما يَتعلَّق بالنِّكاح من المهر والولد من كتاب الدعوى: ((امرأةٌ ادَّعتْ مهرَها على وارثِ زَوْجِها أكثَرَ من مهْرِ مِثْلِها، إنْ كان الوارثُ مُقِرّاً بالنِّكاح يقولُ له القاضي: أكان مَهْرُها كذا يَذكُرُ مهراً أكثرَ من مهْرِ مِثْلِها، فإنْ قال الوارثُ: لا، يقولُ له القاضي: أكان كذا يَذكُرُ مَهْراً دون الأوَّل لكنَّه أكثرُ من مهرِ المِثْلِ، إنْ قالَ: لا، يقولُ له القاضي: أكان كذا إلى أنْ يأتيَ القاضي على مِقْدارِ مهْرِ المِثْلِ، فبَعْدَ ذلك إذا قال الوارثُ: لا، ألْزَمَهُ القاضي مِقْدارَ مهْرِ المِثْلِ، ويُحلِّفُهُ على الزِّيادة، ونظيره: إذا أقرَّ رجلٌ لرجلٍ بمالٍ غيرِ مُقدَّرٍ من الدَّراهم فإنَّ القاضي يفعلُ هكذا إلى أنْ يأتيَ القاضي

---

(١) "الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب المهور ص١٧٩ـ١٨٠ـ.

(٢) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب المهور ٥/٦٦.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الدعوى ٢/١٤١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٧/أ بتصرف، ومسألة القرع بينهما ـ أي: بين الزوجين في التحالف ـ نقلها في "النهر" عن "غاية البيان".

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/١٥٧.

(٧) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢١٢-٢١٣.

(٨) انظر "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب المهور ١/ق ٩٤/ب.

وبيِّنتُهُ) مُقدَّمةٌ (إنْ شَهِدَ) مهرُ المثلِ (لها) لأنَّ البيِّناتِ لإثباتِ خلافِ الظَّاهرِ (وإنْ كان) مهرُ المثلِ (بينهما..........................

للزِّيادة كما تقدَّمَ[1] فيما إذا لم يُوجَد مَن يُماثِلُها، تأمَّلْ.

[١٢٢٢٦] (قولُهُ: وبيِّنتُهُ مُقدَّمةٌ إلخ) هذا ما قالَهُ بعضُ المشايخ، وجزَمَ به في "الملتقى"[2]، وكذا "الزَّيلعيُّ"[3] هنا وفي باب التَّحالُفِ[4]، وقال بعضُهم: تُقدَّمُ بيِّنتُها أيضاً؛ لأنَّها أظهَرَتْ شيئاً لم يكن ظاهراً بتصادُقِهما[5] كما في "البحر"[6].

[١٢٢٢٧] (قولُهُ: لإثباتِ خلافِ الظَّاهرِ) أي: والظَّاهرُ مع مَن شَهِدَ [٣/ق١١٧/أ] له مهرُ المثل، "ط"[7].

[١٢٢٢٨] (قولُهُ: وإنْ كان إلخ) هذا بيانٌ لثالثِ الأقسام في قولِهِ: ((فالقولُ لِمَن شَهِدَ له

على درهمٍ فبَعْدَ ذلك يُلْزِمُهُ دِرْهماً، ويُحلِّفُه على الزِّيادة بدَعْوى المُدَّعي، هذا إذا كان القاضي يَعْرفُ مِقْدارَ مهْرِ مِثْلِها، فإنْ كان لا يَعْرفُ مِقْدارَ مهْرِ مِثْلِها يَأْمُرُ أُمَناءَهُ بالسُّؤال عمَّن يَعْلَمُ، أو يُكلِّفُها إقامةَ البيِّنةِ على ما تدَّعي)) اهـ. ومن هذه العبارةِ يُعْلَمُ حُكْمُ ما إذا لم يُعْلَمْ مهرُ المِثْلِ، تأمَّل. وفي الفصل الحادي عشر من "الوَلوالجيَّة": ((رجلٌ ادَّعى مهْرَ أُمِّه في تَرِكَةِ أبيه، إنْ أقامَ البيِّنةَ يَثْبُتُ ما ادَّعى، وإنْ عجزَ عن إقامة البيِّنةِ يَقْضي القاضي بمهْرِ المِثْلِ، وهذا قولُهُما، أمَّا على قول "أبي حنيفةَ": يَسْقطُ المهْرُ إذا ماتا، وهي مسألةُ "الأصل")) اهـ.

---

(١) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يُوجَدْ)).

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥١/١.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٥٧/٢.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الدعوى ـ باب التحالف ٣١١/٤.

(٥) في "د" زيادة: ((وبقي ما إذا كان بينها. قال في "البحر" الصحيح أنهما يتهاتران [تهاترا: ادعى كلٌّ على صاحبه باطلاً. "القاموس": مادة ((هتر))] لاستوائهما في الدعوى والإثبات. ثم يجب مهر المثل كله. فيتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير بخلاف التحالف، وتمامه فيه. والمصنف ترك هذه الصورة تبعاً لـ"الدرر" و"الوقاية"، كما نبه عليه نوح أفندي)). ق١٦٥/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٤/٣.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٥/٢.

تَحَالفا، فإنْ حَلَفا أو برهنا قُضِيَ به،..

٣٦١/٢ مهرُ المثل))، وقولِهِ: ((وإنْ أقاما البيِّنةَ إلخ))، فإنَّه إذا لم يُقيما البيِّنةَ أو أقاماها قد يَشهَدُ مهرُ المثل له أو لها أو يكونُ بينهما، فقَدَّمَ بيانَ القسمين الأوَّلين في المسألتين، وهذا بيانُ الثَّالث، وقولُهُ: ((فإنْ حَلَفا)) راجعٌ إلى المسألةِ الأُولى، وقولُهُ: ((أو بَرْهَنا)) راجعٌ إلى الثَّانية، لكنْ كان عليه حذفُ قولِهِ: ((تحالَفا))؛ لأنَّه إذا بَرْهَنا لا تحالُفَ.

[١٢٢٢٩] (قولُهُ: تحالَفا) فإنْ نكَلَ الزَّوجُ يُقضَى بألفٍ وخمسِمائةٍ كما لو أَقَرَّ بذلك صريحاً، وإنْ نَكَلَت المرأةُ وجَبَ المسمَّى ألفٌ؛ لأنَّها أَقَرَّتْ بالحطِّ، كذا في "العناية"(١)، واعتَرَضَهُ في "السَّعديَّة": ((بأنَّه إذا نكَلَ يُقضَى بألفين على ما عُرِفَ أنَّ أيَّهما نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوى الآخرِ)) اهـ.

وصورةُ المسألةِ فيما إذا ادَّعَت الألفين، وادَّعَى هو الألفَ، وكان مهرُ المثلِ ألفاً وخمسَمائةٍ.

[١٢٢٣٠] (قولُهُ: قُضِيَ به) أي: بمهرِ المثل، لكنْ إذا بَرْهَنا يتخيَّرُ الزَّوجُ في مهرِ المثل بين دفعِ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ بخلافِ التَّحالُفِ؛ لأنَّ بيِّنةَ كلٍّ واحدٍ منهما تنفي تسميةَ الآخرِ، فخلا العَقْدُ عن التَّسميةِ، فيجبُ مهرُ المثل، ولا كذلك التَّحالُفُ؛ لأنَّ وجوب قَدْرِ ما يُقِرُّ به الزَّوجُ بحكمِ الاتِّفاقِ، والزَّائدِ بحكمِ مهرِ المثل، "بحر"(٢)، وتمامُهُ فيه.

(قولُهُ: لكنْ كان عليه حذفُ قولِهِ: تَحالَفا إلخ) فيه أنَّ قولَهُ: ((تَحالَفا)) راجعٌ إلى المسألة الأُولى فقط؛ إذ المُرادُ به أنْ يَطلُبَ القاضي من كلٍّ منهُما الحَلِفَ على نَفْيِ دَعْوى صاحبِهِ، وذَكَرَه ليُرتِّبَ عليه قولَهُ: ((فإنْ حَلَفا))؛ إذ لا يَتأتَّى حَلِفُهُما إلاَّ بعد التَّحالُفِ بهذا المعنى، وقولُهُ: ((أو بَرْهَنا)) معطوفٌ على ((حَلَفا)) لا بقَيْد كونِهِ بعد التَّحالُفِ حتَّى لا يكونَ كُلٌّ من المُتعاطفَيْن تفصيلاً لقولِهِ: ((تَحالَفا)) فيقالَ: إنَّه إذا بَرْهَنا لا تَحالُفَ، تأمَّل.

---

(١) "العناية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٢/٣ (هامش "فتح القدير").

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٤/٣ معزياً إلى "الكرماني".

وإنْ برهَنَ أحدُهما قُبِلَ برهانُهُ) لأنَّه نوَّرَ دعواه (وفي الطَّلاقِ قبلَ الوطءِ حُكِّمَ مُتعةُ المثلِ)

[١٢٢٣١] (قولُهُ: وإنْ بَرْهَنَ أحدُهما إلخ) أي: فيما إذا كان مهرُ المثلِ بينهما، ويُغني عن هذا قولُهُ قبله: ((وأيٌّ أقامَ بيِّنةً قُبِلَتْ شَهِدَ له مهرُ المثلِ أوْ لا))، فإنَّ قولَهُ: ((أوْ لا)) صادقٌ بما إذا شَهِدَ لها أو كان بينهما.

[١٢٢٣٢] (قولُهُ: لأنَّه نَوَّرَ دَعْواهُ) أي: لأنَّ المُبرهِنَ أظهَرَ دَعْواهُ وأوضَحَها بإقامةِ برهانِهِ، "ط"(١).

[١٢٢٣٣] (قولُهُ: وفي الطَّلاقِ) مُقابِلُ قولِهِ: ((حالَ قيامِ النِّكاحِ)).

[١٢٢٣٤] (قولُهُ: قبلَ الوطءِ) أي: أو الخلوةِ، "نهر"(٢).

[١٢٢٣٥] (قولُهُ: حُكِّمَ متعةُ المثلِ) فيكونُ القولُ لها إنْ كانَتْ متعةُ المثلِ كنصفِ ما قالَتْ أو أكثرَ، وله إنْ كانت المتعةُ كنصفِ ما قال أو أقلَّ، وإنْ كانَتْ بينهما تحالَفا ولزِمَت المُتعةُ، وعند "أبي يوسف" القولُ له قبلَ الدُّخولِ وبعدَهُ؛ لأنَّه يُنكِرُ الزِّيادةَ، إلاَّ أنْ يَذكُرَ ما لا يُتعارَفُ مهراً أو مُتعةً لها، كذا في "الملتقى" و"شرحه"(٣)، وذكَرَ في "البحر"(٤) أنَّ في روايةِ "الأصل" و"الجامع الصَّغير"(٥): ((أنَّ القول للزَّوجِ في نصفِ المهر من غيرِ تحكيمٍ للمتعةِ))، و((أنَّه صحَّحَهُ في "البدائع"(٦) و"شرحِ الطَّحاويِّ"، ورجَّحَهُ في "الفتح"(٧): [٣/ق١١٧/ب] بأنَّ المُتعةَ مُوجَبةٌ فيما إذا لم تكن تسميةٌ، وهنا اتَّفقا على التَّسمية، فقلنا ببقاءِ ما اتَّفقا عليه، وهو نصفُ ما أَقَرَّ به الزَّوجُ، ويُحلَّفُ على نصفِ دَعْواها الزَّائدَ(٨))) اهـ.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٥/٢.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٧/أ.

(٣) "الدر المنتقى": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ فصل في النكاح الفاسد ٣٦٠/١ (هامش "مجمع الأنهر").

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٦/٣.

(٥) "الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب المهور صـ١٨٠ـ.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٣٠٨/٢.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٢/٣.

(٨) عبارة "الفتح": ((...على نفي دعواها الزائد)).

لو المسمَّى دَيْناً، وإنْ عَيْناً كمسألةِ العبدِ والجاريةِ فلها المُتعةُ بلا تحكيمٍ، إلاَّ أنْ يَرضَى الزَّوجُ بنصفِ الجارية (وأيٌّ أقامَ بيِّنةً قُبِلَتْ، فإنْ أقاما فبيِّنتُها) أَولى (إنْ شَهِدَتْ له) المُتعةُ (وبيِّنتُهُ إنْ شَهِدَتْ لها، وإنْ كانت) المُتعة (بينهما..........

والحاصلُ ترجيحُ قول "أبي يوسف"، لكنْ نَقَضَهُ في "الفتح"(١) بعد ذلك، وتمامُهُ فيما علَّقناه على "البحر"(٢).

[١٢٢٣٦] (قولُهُ: لو المُسمَّى دَيْناً) هو ما يَثبتُ في الذِّمَّة غيرَ مُعيَّنٍ بل بالوصفِ كالنُّقودِ والمكيلِ والموزونِ والمذروعِ كما يُعلَمُ مما قدَّمناه(٣) عن "البحر".

[١٢٢٣٧] (قولُهُ: وإنْ عَيْناً) أي: مُعيَّناً.

[١٢٢٣٨] (قولُهُ: كمسألةِ العبدِ والجاريةِ) أي: المذكورةِ في "البحر"(٤) في الاختلافِ في القَدْرِ قبل الطَّلاق بقولِهِ: ((وإنْ كان المُسمَّى عَيْناً، بأنْ قال: تَزوَّجتُكِ على هذا العبدِ، وقالت المرأةُ: على هذه الجاريةِ إلخ))، فالمسألةُ مفروضةٌ في المُعيَّنِ المشارِ إليه لا في مُطلقِ عبدٍ وجاريةٍ، فافهم.

[١٢٢٣٩] (قولُهُ: فلها المُتعةُ إلخ) قال في "البحر"(٥): ((فلها المُتعةُ من غيرِ تحكيمٍ، إلاَّ أنْ يَرضَى الزَّوجُ أنْ تأخذَ نصفَ الجاريةِ، بخلاف ما إذا اختلَفا في الألفِ والألفين؛ لأنَّ نصفَ الألفِ ثابتٌ بيقينٍ؛ لاتِّفاقِهما على تسميةِ الألفِ، والمِلكُ في نصفِ الجاريةِ ليس بثابتٍ بيقينٍ؛ لأنَّهما لم يَتَّفِقا على تسميةِ أحدهما، فلا يمكنُ القضاءُ بنصفِ الجارية إلاَّ باختيارِهما،

(قولُهُ: لا في مُطْلَقِ عبْدٍ وجاريةٍ إلخ) لكنَّ تعليلَ "البدائع" الآتي بقولِهِ: ((لأنَّ نِصْفَ الألْف يُفيدُ أنَّ المسألةَ في مُطْلَقِ عبْدٍ وجاريةٍ، وعليه فالمُرادُ بالعَيْن ما يَتعيَّنُ بالتَّعيين وإنْ لم يَكُن مُشاراً إليه.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٢.

(٢) انظر "حاشية منحة الخالق على البحر الرائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٦.

(٣) المقولة [١٢٢٢٣] قوله: ((وإن اختلفا في قدره)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٦.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٦.

تَحَالفا، وإنْ حَلَفا[1] وجَبَ مُتعةُ المثلِ، وموتُ أحدِهما كحياتِهما في الحكمِ) أصلاً وقَدْراً؛ لعدمِ سقوطِهِ بموتِ أحدِهما (وبعدَ موتِهما ففي القَدْرِ القولُ لورثتِهِ، و) في الاختلافِ (في أصلِهِ) القولُ لمنكرِ التّسميةِ..............................

فإذا لم يُوجَد سَقَطَ البَدَلانِ، فوجَبَ الرُّجُوعُ إلى المُتعة، كذا في "البدائع"[2])).

[١٢٢٤٠] (قولُهُ: تحالَفا) وتهاتَرَتِ البيِّنتانِ.

[١٢٢٤١] (قولُهُ: وإنْ حَلَفا) الأَولى التّفريعُ بالفاء.

[١٢٢٤٢] (قولُهُ: أصلاً وقَدْراً) فإنْ كان الاختلافُ بين الحيِّ وورثةِ الميتِ في الأصلِ ـ بأن ادَّعى الحيُّ أنَّ المهرَ مُسمًّى وورثةُ الآخرِ أنّه غيرُ مُسمًّى أو بالعكسِ ـ وجَبَ مهرُ المثل، وإنْ كان في المقدارِ حُكِّمَ مهرُ المثل، "ط"[3] عن "أبي السُّعود"[4].

[١٢٢٤٣] (قولُهُ: لعدمِ سُقُوطِهِ) أي: مهرِ المثلِ، قال في "الدُّرر"[5]: ((لأنَّ مهرَ المثلِ لا يَسقُطُ اعتبارُهُ بموتِ أحدهما، ألا ترى أنَّ للمُفوِّضةِ مهرَ المثل إذا ماتَ أحدُهما)).

[١٢٢٤٤] (قولُهُ: القولُ لوَرَثَتِهِ) فيَلزَمُهم ما اعتَرَفُوا به، "بحر"[6]. ولا يُحكَمُ بمهرِ المثلِ؛ لأنَّ اعتبارَهُ يَسقُطُ عند "أبي حنيفة" بعدَ موتِهما، "درر"[7].

[١٢٢٤٥] (قولُهُ: القولُ لِمُنكِرِ التَّسمية) هم وَرَثَةُ الزَّوجِ أيضاً كما في "البحر"[8]، فالقولُ

(قولُهُ: هُم وَرَثَةُ الزَّوجِ أيضاً إلخ) فإذا ادَّعتْ ورثَتُها التَّسميةَ فقد ادَّعتِ الدَّينَ في ذِمَّة المَيْتِ، وهُم يُنْكِرون،

---

(١) في "ط": ((حلف)).

(٢) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ٢/٣٠٨.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٦٥.

(٤) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٦٩.

(٥) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٣٤٨.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٧.

(٧) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٣٤٨.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٧.

(لم يُقْضَ بشيءٍ) ما لم يُبرهَنْ على التَّسميةِ (وقالا: يُقضَى بمهرِ المثلِ) كحالِ حياةٍ (وبه يُفتَى)،..

لهم في المسألتين، ولذا قال في "الكنز"[(١)]: ((ولو ماتا ولو في القَدْرِ فالقولُ لورَثَتِهِ))، فـ((لو)) وَصْلِيَّةٌ كما أفادَهُ في "النَّهر"[(٢)] و"العينيِّ"[(٣)]، فتُفيدُ أنَّ الاختلافَ في التَّسميةِ كذلك.

[١٢٢٤٦] (قولُهُ: لم يُقْضَ بشيءٍ) الأَولى: ولم يُقْضَ [٣/ق١١٨/أ] بالعطف، أي: لأنَّ موتَهما يدلُّ على انقراضِ أَقْرانِهما، فلا يمكنُ للقاضي أنْ يُقدِّرَ مهرَ المثل كما في "الهداية"[(٤)]؛ لأنَّ مهرَ المثلِ يَختلِفُ باختلافِ الأوقات، فإذا تَقادَمَ العهدُ يتعذَّرُ الوقوفُ على مقدارِهِ، "فتح"[(٥)]. وهذا يدلُّ على أنَّه لو كان العهدُ قريباً قُضِيَ به، "بحر"[(٦)].

قلت: وبه صرَّحَ "قاضي خان" في "شرح الجامع"[(٧)].

[١٢٢٤٧] (قولُهُ: ما لم يُبَرهَنْ) بالبناءِ للمجهول، أي: ما لم يُبَرهِنْ وَرَثَةُ الزَّوجة.

[١٢٢٤٨] (قولُهُ: وبه يُفتَى) ذكرَهُ في "الخانيَّة"[(٨)]، وتَبِعَهُ في متن "الملتقى"[(٩)]، وبه قالت

ولا يَتأتَّى إنْكارُ التَّسميةِ من ورثَتِها؛ لأنَّه يكونُ اعترافاً منهم بسقوطِ حقِّهم، وورَثَةُ الزَّوجِ بإنكارِ التَّسميةِ يُنكِرُون الدَّيْنَ لعدَمِ لُزُومِ مهْرِ المِثْلِ بعد مَوتِهما، والقوْلُ للمُنْكِرِ)) اهـ "سِنديّ".

(قولُهُ: وهذا يَدُلُّ على أنَّه لو كان العَهْدُ قريباً قَضَى به إلخ) عليه وعلى ما يأتي له من تنظيرِ "البزَّازيَّة" لا يَبْقى خلافٌ بينه وبينهُما، مع أنَّه مَذْكورٌ في سائرِ الكُتُب.

---

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/١٥٨.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٧/ب.

(٣) "رمز الحقائق": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/١٥٨.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢١٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٥.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٧.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب المهور ١/ق ٩٥/ب.

(٨) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في اختلاف الزوجين في المهر ومتاع البيت ١/٣٩٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١/٢٥١.

وهذا) كلُّهُ (إذا لم تُسلِّمْ نفسَها، فإنْ سَلَّمَتْ ووَقَعَ الاختلافُ في الحالين) الحياةِ وبعدَها (لا يُحكَمُ بمهرِ المثلِ) لأنَّها لا تُسلِّمُهُ نفسَها إلاَّ بعد تعجيلِ شيءٍ عادةً (بل يقال لها: لا بدَّ أنْ تُقِرِّي بما تعجَّلْتِ، وإلاَّ قضينا عليكِ بالمتعارَفِ) تعجيلُهُ (ثُمَّ يُعمَلُ في الباقي كما ذكرنا)...

الأئمَّةُ الثَّلاثةُ، لكنَّ "الشَّافعيَّ" يقولُ: بعدَ التَّحالُفِ، وعندنا وعندَ "مالكٍ" لا يجبُ التَّحالُفُ، "فتح"[١]. وانظر إذا تقادَمَ العَهْدُ كيف يُقضَى بمهر المثل؟! وقد يقال: يَجري فيه ما تقدَّمَ[٢] من أنَّه إذا لم يوجد مَن يُماثِلُها من قومِ أبيها ولا من الأجانبِ فالقولُ للزَّوجِ، لكنْ مَرَّ أنَّ القولَ له بيمينِهِ، تأمَّل. ثمَّ رأيتُ في "البزَّازيَّة"[٣] مُعترِضاً على قولِ "الكرخيِّ": ((إنَّ جوابَ "الإمام" يتَّضِحُ في تقادُمِ العَهْدِ)) بقولِه: ((وفيه نظرٌ؛ لأنَّه إذا تعذَّرَ اعتبارُ مهرِ المثل لا يكونُ الظَّاهرُ شاهداً لأحدٍ، فيكونُ القولُ لورثةِ الزَّوجِ؛ لكونِهم مُدَّعًى عليهم كما في سائرِ الدَّعاوى)). ٣٦٢/٢

[١٢٢٤٩] (قولُهُ: وهذا كُلُّهُ إلخ) نقلَهُ في "البحر"[٤] عن "المحيط" وقال[٥]: ((وأقرَّهُ عليه

(قولُهُ: ثم رأيتُ في "البزَّازيَّة" مُعترِضاً على قولِ "الكَرْخِيِّ" إلخ) نذكُرُ عبارَتَها حتَّى يَتَّضِحَ الحالُ: ((تَقادَمَ العَهْدُ وتعذَّرَ على القاضي الوُقُوفُ على مهْرِ المِثْلِ لا يَقْضي بمهْرِ المِثْلِ، وإلاَّ قَضَى به عند الإمام، قال "الكَرْخِيُّ": لا يَتَّضحُ للإمام في مسألة اختلافِ وَرَثَةِ الزَّوجين طريقةً إلاَّ أنْ يكونَ العَهْدُ مُتقادِماً؛ لاختلاف مهْرِ المِثْلِ باختلاف الأزمنةِ، وفيه نظَرٌ؛ لأنَّه إذا تعذَّرَ اعتبارُ مهْرِ المِثْلِ لا يكونُ الظَّاهرُ شاهداً لأحدٍ فيكونُ القوْلُ لوَرَثةِ الزَّوج لكَوْنهم مُدَّعى عليهم كما في سائر الدَّعاوَى، والأصحُّ أنَّ الخلافَ فيما إذا تزوَّج ولم يُسَمِّ مَهْراً ثمَّ ماتا لم يَقْضِ بشيءٍ، لكنَّ الفَتْوى على قولهما)) اهـ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٤.

(٢) المقولة [١٢١٦٩] قوله: ((فإن لم يوجد)).

(٣) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ٤/١٣٨ـ ١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٧.

(٥) ((وقال)) ساقطة من "الأصل".

....

الشَّارحون)) اهـ. وكذا ذكرَهُ "قاضي خان" في "شرح الجامع"[١] وأقرَّهُ.

قلت: وحاصلُ ذلك أنَّ المرأة إذا ماتَ زوجُها وقد دخَلَ بها، فجاءَتْ تطلُبُ مهرَها هي أو وَرَثَتُها بعدَ موتِها، وقد جرَتِ العادةُ أنَّها لا تُسلِّمُ نفسَها إلاَّ بعدَ قَبْضِ شيءٍ من المهرِ كمائةِ درهمٍ مثلاً لا يُحكَمُ لها بجميعِ مهرِ المثل عند عدم التَّسميةِ، بل يُنظَرُ: فإنْ أَقَرَّتْ بما تَعَجَّلَتْ مِن المُتعارَفِ، وإلاَّ قُضِيَ عليها به، ثمَّ يُعمَلُ في الباقي كما ذكرنا، أي: إنْ حصَلَ اتِّفاقٌ على قَدْرِ المسمَّى يُدفَعُ لها الباقي منه، وإلاَّ فإنْ أنكرَ وَرَثَةُ الزَّوجِ أصلَ التَّسميةِ فلها بقيَّةُ مهرِ المثل، وإنْ أنكروا القَدْرَ فالقولُ لِمَن شَهِدَ له مهرُ المثل، وبعدَ موتِها[٢] القولُ في قَدْرِهِ لوَرَثَةِ الزَّوج، هذا هو المفهومُ من هذه العبارةِ، وفسَّرنا المُتعارَفَ تعجيلُهُ بمائةٍ مثلاً ليَتَأتَّى قولُهُ: ((قَضَينا عليكَ بالمُتعارَفِ)) وقولُهُ: ((ثمَّ يُعمَلُ في الباقي كما ذكرنا))؛ لأنَّه لو كان المُتعارَفُ حِصَّةً شائعةً كثُلُثي [٣/ق١١٨/ب] المهرِ ـ كما هو المتعارفُ في زماننا ـ لا يمكنُ أنْ يُقضَى عليها به إلاَّ إذا كان المهرُ مُسمًّى معلومَ القَدْرِ، وإذا كان كذلك لا يتأتَّى فيه التَّفصيلُ المارُّ[٣]، ولكنْ يُعلَمُ منه أنَّ الحكم كذلك، فيُقضَى عليها بالثُّلثين مثلاً ويُدفَعُ لها الباقي، وفي "المنح"[٤] عن "الخانيَّة"[٥]: ((رَجُلٌ ماتَ وترَكَ أولاداً صِغاراً، فادَّعى رَجُلٌ دَيْناً على الميتِ أو وديعةً، وادَّعَت المرأةُ مهرَها قال "أبو القاسم": ليس للوصيِّ

(قولُهُ: وفسَّرنا المُتعارَفَ تعجيلُهُ بمائةٍ مَثَلاً ليتأتَّى قولَه: قضَيْنا عليك إلخ) فيما قاله تأمُّلٌ، بل الظَّاهرُ من عباراتِهم أنَّه لا فرْقَ في المُتعارَف تعجيلُهُ بين أن يكونَ حِصَّةً شائعةً، أو قدْراً مخصوصاً، كمائةٍ فإنَّه يُقْضى عليه بتعجيله ويَدْفعُ لها الباقي.

---

(١) "شرح الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب المهور ١/ق ٩٥/ب.

(٢) في "الأصل": ((موتهما))، وهو خطأ.

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٧/ب ـ ١٢٨/أ.

(٥) "الخانية": كتاب الوصايا ـ فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم وتصرف الوالد في مال ولده الصغير ٥٣٤/٣ بتصرف. (هامش "الفتاوى الهندية").

....

أنْ يُؤدِّي شيئاً من الدَّيْنِ والوديعةِ ما لم يَثْبُتْ بالبيِّنةِ، وأمَّا المهرُ فإنِ ادَّعَتْ قَدْرَ مهرِ مثلِها دَفَعَهُ إليها إذا كان النِّكاحُ ظاهراً معروفاً، ويكونُ النِّكاحُ شاهداً لها، قال الفقيهُ "أبو اللَّيث": إنْ كان الزَّوجُ بَنَى بها فإنَّه يَمنَعُ منها مقدارَ ما جَرَتِ العادةُ بتعجيلِهِ، ويكونُ القولُ قولَ المرأة فيما زادَ على المعجَّلِ إلى تمامِ مهرِ مثلها)) اهـ.

هذا، ونقَلَ "الرَّحمتيُّ" عن "قاضي خان"[1]: ((أنَّه قال: إنَّ في هذا نوعَ نَظَرٍ؛ لأنَّ كلَّ المهرِ كان واجباً بالنِّكاحِ، فلا يُقضَى بسقوطِ شيءٍ منه بحكمِ الظَّاهرِ؛ لأنَّه لا يَصلُحُ حُجَّةً لإبطالِ ما كان ثابتاً)) اهـ، ثمَّ أطالَ في تأييدِ كلام "القاضي"، وردَّ على "الرَّمليِّ" في اعتراضِهِ على "القاضي": ((بأنَّ النَّظرَ مدفوعٌ بغلبةِ فسادِ النَّاس)) فقال: ((إنَّ الفسادَ لا يَسقُطُ به حقٌّ ثابتٌ بلا دليلٍ، والمهرُ دَيْنٌ في ذِمَّةِ الزَّوجِ، وقضاءُ بعضِهِ إثباتُ دينٍ في ذِمَّتِها بقَدْرِهِ، وذلك لا يكونُ بظاهرِ الحالِ؛ لأنَّ الظَّاهر يَصلُحُ للدَّفعِ لا للإثبات)).

قلت: وذكَرَ في "البزَّازيَّة"[2] قريباً مما قالَهُ "القاضي"، لكنْ ما قاله "الفقيهُ" مبنيٌّ على أنَّ العُرفَ الشَّائعَ مُكذِّبٌ لها في دَعْواها عدمَ قَبْضِ شيءٍ، وحيث أقرَّهُ الشَّارحون وكذا "قاضي خان"

(قولُهُ: لكنْ ما قالَهُ الفقيهُ مَبنيٌّ على أنَّ العُرْفَ إلخ) فيه أنَّ الفقيهَ على ما نقلَهُ عنه في "البزَّازيَّة" من المَهْرِ، ونقلَهُ عنها "الحَمَويُّ" على "الأشباه" من الوَصَايا يقولُ: ((إنَّها إذا صرَّحتْ بعدم قَبْضِ شيءٍ فالقوْلُ لها؛ لأنَّ النِّكاحَ مُحكَّمٌ في الوُجُوب، والموتَ والدُّخولَ مُحكَّمان في التَّقرُّر، والبناءَ بها غيرُ مُحكَّمٍ في القَبْضِ؛ لأنَّ القبْضَ قد يتخلَّفُ عنه فرُجِّحَ المُحكَّمُ باعتضاد الإنكارِ، انتهى)). وحينئذٍ لا يَتمُّ هذا الاستدراكُ، ثمَّ رأيتُ رسالةً لمُفتي دمشقَ تُفيدُ سماعَ الدَّعوى بكلِّ المهْرِ بعد الدُّخول سمَّاها: "تصحيحَ النُّقولِ في سماعِ دَعْوى المرأةِ بكُلِّ المُعجَّلِ بعد الدُّخول"، ويُوافقُهُ ما نقلَهُ "السِّنْديُّ" عن "الرَّحمتيِّ"، فتأمَّلْهُ.

---

(١) "الخانية": كتاب الوصايا ـ فصل: في تصرفات الوصي في مال اليتيم وتصرف الوالد في مال ولده الصغير ٣/٥٣٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ٤/١٣٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

وهذا إذا ادَّعى الزَّوجُ إيصالَ شيءٍ إليها، "بحر".

(ولو بعَثَ إلى امرأتِهِ شيئاً، ولم يَذكُرْ جهةً عند الدَّفعِ غيرَ) جهةِ (المهرِ) كقولِهِ لشَمَعٍ أو حِنَّاءٍ، ثمَّ قال: إنَّه من المهرِ لم يُقبَلْ، "قنية"[١]؛ لوقوعِهِ هديَّةً، فلا يَنقلِبُ مهراً (فقالت: هو) أي: المبعوثُ (هديَّةٌ، وقال: هو من المهرِ) أو من الكسوةِ أو عاريَّةٌ (فالقولُ له) بيمينِهِ، والبيِّنةُ لها، فإنْ حلَفَ والمبعوثُ قائمٌ.................

في "شرح الجامع" فيُفتَى به، وهو نظيرُ إعمالِهم العُرفَ وتكذيبِ الأبِ أنَّ الجَهازَ عاريةٌ على ما يأتي بيانُهُ[٢] مع أنَّه هو المُملِّكُ، فلولا العُرفُ لكان القولُ قولَهُ، والله أعلم.

[١٢٢٥٠] (قولُهُ: وهذا إذا ادَّعَى الزَّوجُ إلخ) هذا من عندِ صاحب "البحر"[٣]، والمرادُ الزَّوجُ لو كان حيّاً أو وَرَثتُهُ كما هو ظاهرٌ، فلا يَرِدُ ما في "الشُّرنبلاليَّة"[٤]: ((من أنَّ هذا لا يتأتَّى في حالِ موتِهما)).

مطلبٌ فيما يُرسِلُهُ إلى الزَّوجة

[١٢٢٥١] (قولُهُ: ولو بعَثَ إلى امرأتِهِ شيئاً) أي: من النَّقدين أو العُرُوضِ أو ممَّا يُؤكَلُ قبلَ الزِّفافِ أو بعدما بَنَى بها، "نهر"[٥].

[١٢٢٥٢] (قولُهُ: ولم يَذكُرْ إلخ) المرادُ [٣/ق١١٩/أ] أنَّه لم يَذكُر المهرَ ولا غيرَهُ، "ط"[٦].

[١٢٢٥٣] (قولُهُ: كقولِهِ إلخ) تمثيلٌ للمنفيِّ وهو ((يَذكُرْ)).

[١٢٢٥٤] (قولُهُ: والبيِّنةُ لها) أي: إذا أقامَ[٧] كلٌّ منهما بيِّنةً تُقدَّمُ بيِّنتُها، "ط"[٨].

---

(١) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في المصاهرات والرجوع فيها ق٣٨/أ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٢٨٥] قوله: ((فالقول للأب)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٧/٣.

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٨/١ (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٦/٢.

(٧) في "ب": ((قام))، وهو خطأ.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٦/٢.

فلها أنْ تَرُدَّهُ وترجعَ بباقي المهرِ، ذكرَهُ "ابن الكمال"،.........................

[١٢٢٥٥] (قولُهُ: فلها أنْ تَرُدَّهُ) لأنَّها لم تَرْضَ بكونِهِ مهراً، "بحر"[1].

[١٢٢٥٦] (قولُهُ: وتَرجِعَ بباقي المهرِ أو كُلِّهِ) إنْ لم يكن دفعَ لها شيئاً منه، قال في "النَّهر"[2]: ((وإنْ هلَكَ وقد بقيَ لأحدِهما شيءٌ رجَعَ به)) اهـ.

أمَّا لو كانَتْ قيمةُ الهالكِ قَدْرَ المهر فلا رجوعَ لأحدٍ، وفي "البزَّازيَّة"[3]: ((اتَّخذَ لها ثياباً ولَبِسَتْها حتَّى تَخَرَّقَتْ، ثمَّ قال: هو من المهر، وقالت: هو من النَّفقةِ ـ أعني: الكسوةَ الواجبةَ عليه ـ فالقولُ لها، ولو الثَّوبُ قائماً فالقولُ له؛ لأنَّه أعرَفُ بجهةِ التَّمليكِ بخلافِ الهالك؛ لأنَّه يَدَّعي سقوطَ بعضِ المهر والمرأةُ تُنكِرُهُ، وبالهلاكِ خرَجَ عن المملوكيَّةِ، وحيث لا مِلكَ

(قولُهُ: وفي "البزَّازيَّة": اتَّخذَ لها ثياباً ولبِسَتْها حتَّى تَخرَّقتْ إلخ) نذكُرُ عبارَتَها ـ كما رأيتها فيها، وفي "النَّهر" ـ حتَّى يَظهرَ لك ما في اختصار "المُحشِّي" لها من التَّحريف في مَوضعَيْن، ونصُّها: ((اتَّخذَ لها ثياباً ولَبِستْها حتَّى تَخرَّقتْ، ثمَّ قال: هو من المَهْر، وقالت: من النَّفَقة أعني: الكِسْوةَ الواجبَةَ عليه فالقوْلُ لها، قيل: فما الفَرْقُ بينه وبين ما إذا كان الثَّوبُ قائماً حيثُ يكونُ القوْلُ ثَمَّةَ له، قُلنا: الفرْقُ أنَّ في القائم اتَّفقا على أَصْل التَّمليكِ واختلَفا في صِفَتِه، فالقولُ قوْلُ المُمَلِّك؛ لأنه أعرَفُ بجهة التَّمليكِ، بخلاف الهالِكِ؛ فإنَّه يَدَّعي سُقوطَ بعضِ المهْرِ، والمرأةُ تُنكِرُ ذلك. قيل: لِمَ لَم يُجعَلْ هذا اختلافاً في جهة التَّمليكِ أيضاً، كالقائم، قلنا: بالهلاك خرَجَ عن المملُوكيَّة، والاختلافُ في أصل المِلْكِ أو جهتِه، ولا مِلْكَ مُحالٌ باطلٌ فيكونُ اختلافاً في ضمان الهالكِ وبدَلِهِ فالقوْلُ لِمَن يُنكِرُ البدَلَ والضَّمانَ. قيل: إنكارُ الضَّمان بعد مُباشَرةِ سبَبه باطلٌ، قيل: أين سببُ الضَّمان؟، قيل: التَّصرُّفُ في مال الغَيْر، قلنا: إتْلافُ مالِ الغَيْر سببٌ مُطْلَقٌ أَمْ بغير رِضَا؟، الثَّاني مُسلَّمٌ لا الأَوَّلُ، وقد وُجدَ الرِّضا، ولأنَّ الإتلافَ سببٌ مِّمَن ليس له على المُتْلِف مالٌ أَمْ مُطْلَقاً، الأوَّلُ مُسلَّمٌ لا الثَّاني، بل هو من صاحب الحقِّ سببُ المُقاصَّة، فهي مُباشَرَةُ سببِ المُقاصَّة مُنكِرةٌ لُزُومَ الضَّمان، فصار كمَنْ أتْلَفَ مالَ غريمِه وعليه دَيْنٌ)) اهـ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٨/٣.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/أ.

(٣)"البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ـ الجنس الأول: في الاختلاف ١٣١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

بحالٍ فالاختلافُ في جِهَةِ التَّمليكِ باطلٌ، فيكونُ اختلافاً في ضمانِ الهـالِكِ وبدلِـهِ، فـالقولُ لِمَـن يَملِكُ البدلَ والضَّمانَ)) اهـ ملخَّصاً.

واستشكَلَهُ في "النَّهر"[١] وقال: ((هذا يقتضي أنَّ القولَ لها في الهالكِ في مسألةِ المتن، وهـو مخالفٌ لِما قدَّمناه، والفَرْقُ يَعسُرُ، فتدبَّره)) اهـ.

قلت: بل الفَرْقُ يسيرٌ إن شاء الله تعالى، وذلك أنَّ مسألة المتنِ في دَعْواها أنَّـه هديَّـةٌ، فـلا تُصدَّقُ، ويكونُ القولُ له في حالَتَي الهلاكِ وعدمِهِ؛ لأنَّه المُملِّكُ، ولا شـيءَ يُخـالِفُ دَعْـواه، أمَّـا هنا فقد ادَّعَتِ الكِسوةَ الواجبةَ عليه، فيكونُ القولُ له في القائمِ لِما ذكرنا، وتطلُـبُ منه مهرَهـا وكِسوتَها، أمَّا الهالكُ فالقولُ لها فيه لأمرين:

٣٦٣/٢ أحدُهما: أنَّ الظَّاهر يُصدِّقُها فيه كما يأتي[٢] في المُهيَّأ للأكلِ وما يَنقلُهُ "الشَّارح" عـن "الفقيهِ".

ثانيهما: أنَّه لو كان القولُ له فيه لَزِمَ ضيـاعُ حقِّهـا في الكسـوةِ الواجبـةِ عليه؛ لأنَّهـا من النَّفقةِ، والنَّفقةُ تَسقُطُ بمضـيِّ المـدَّة، فـلا يُمكِنُهـا المطالبـةُ عمَّـا مَضَى، ويَـلزَمُ بذلـك فتـحُ بـابِ الدَّعاوى الباطلةِ، بأنْ يَدَّعِيَ كلُّ زوجٍ بعد عشرين سنةً أنَّ جميعَ ما دفَعَ لها من كسوةٍ ونفقةٍ من المهر فيَرجعَ عليها بقيمتِهِ، وفي ذلك ما لا يَرضاهُ الشَّرعُ من الإضـرارِ بالنِّسـاء[٣] مـع أنَّ الظَّـاهرَ والعادةَ تُكذِّبُهُ، أمَّا في القائمِ فلا ضررَ؛ لأنَّها تُطالِبُهُ بكسوةٍ أخرى إذا لم يَرْضَ بكونِهِ كسـوةً،

(قولُهُ: بل الفَرْقُ يسيرٌ إنْ شاء الله تعالى؛ وذلك أنَّ مسألةَ "المَتْن" في دعواها أنَّه إلخ) بهذا الفَرْق لا يَندفِعُ أنَّ التَّعليلَ الَّذي ذَكَرَه "البزَّازيُّ" يقتضي التَّسويةَ بين المَسألَتَيْن في الحُكْم وإنْ حَصَلَ الفَرْقُ بينهُمَا بما ذَكَرَهُ.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/أ بتصرف.

(٢) "در" صـ٥٠٩ـ وما بعدها.

(٣) ((بالنساء)) ساقط من "الأصل".

ولو عَوَّضَتْهُ ثمَّ ادَّعاهُ عاريَّةً فلها أنْ تستردَّ العِوَضَ..........................

ولا تقتضي العادةُ أنْ يكونَ [٣/ق١١٩/ب] المدفوعُ كسوتَها؛ لأنَّ له أنْ يقول: أُعطيها كسوةً غيرَها، هذا ما ظهرَ لي، وا لله المُيسِّرُ لكلِّ عسيرٍ.

[١٢٢٥٧] (قولُهُ: ولو عَوَّضَتْهُ) وكذا لو عَوَّضَهُ أبوها من مالِها بإذنِها أو مِن مالِهِ فله الرُّجوعُ أيضاً كما في "الفتح"(١)، وكأنَّه في "البحر"(٢) لم يَرَهُ فاستشكَلَ ما قالَهُ في "الفتح" قبلَ ذلك: ((من أنَّه لو بعَثَ أبوها من مالِهِ فله الرُّجوعُ لو قائماً، وإلاَّ فلا، ولو مِن مالِها بإذنِها فلا رُجُوعَ؛ لأنه هِبَةٌ منها، والمرأةُ لا تَرجِعُ في هِبَةِ زوجِها)) اهـ.

(قولُهُ: وكأنَّه في "البحر" لَم يَرَهُ فاستَشْكلَ ما قاله في "الفتح" إلخ) استشكالُهُ لا يَندفِعُ برؤْيَاهُ عبارةَ "الفتح"، بل لو رَآهَا لا يَندفِعُ؛ لظُهُور مُنافاتِها لِمَا ذَكَرَهُ "الفتحُ" أوَّلاً، ولا يَندفِعُ إلاَّ بجَعْل المَوضُوعِ مُختَلِفاً، كما ذَكرَهُ "المُحشِّي"، تأمَّل. وبيانُ ما ذُكِرَ أنَّه في "البحر" قال: ((وأشار "المُصنِّفُ" أنَّ الزَّوجَ لو بَعَثَ إليها هدايا، وعوَّضَتْه المرأةُ، ثمَّ زُفَّتْ إليه، ثمَّ فارقَها وقال: بعثْتُها إليكِ عاريةً وأراد أنْ يستَرِدَّهُ، وأرادَتْ هي أنْ تسْتَرِدَّ العِوَضَ فالقوْلُ قولُهُ في الحُكْمِ؛ لأنه أنكَرَ التَّمليكَ، وإذا استَرَدَّهُ تَسْتَرِدُّ هي ما عوَّضَتْهُ، كذا في "الفتاوَى السَّمَرْقَندِيَّةِ". وفي "فتح القدير": ((لو بَعَثَ هو وبَعَثَ أبوها له أيضاً ثمَّ قال: هو من المَهْرِ، فللأب أنْ يَرجِعَ في هِبَتِه إنْ كان من مالِ نَفْسِه، وكان قائماً وإنْ كان هالِكاً لا يَرجِعُ، وإنْ كان من مالِ البِنْتِ بإذْنِها فليس لها الرُّجُوعُ؛ لأنه هِبَةٌ منها، وهي لا تَرجِعُ فيما وَهَبَتْ لزَوْجها)) اهـ. ويُفرَّقُ بين هذه وبين ما سَبَقَ: أنَّ في الأُولى التَّعويضَ منها كان على ظَنِّها التَّمْليكَ منها وقد أنكرَهُ، فلم يَصِحَّ التَّعويضُ، فلم يكُنْ هِبَةً منها فلَهَا الاستِرْدادُ، وفي الثَّانيةِ: حصَلَ التَّمْليكُ فصَحَّ التَّعويضُ فلا رُجُوعَ لها، وقد يقالُ: التَّعويضُ على ظنِّ الهِبَةِ لا مُطْلَقاً وقد أنكرَها فينبغي أنْ تَرْجِعَ)) اهـ "بحر". وفي "النَّهر": ((أنَّ ما ذكَرَه في "فتاوى سَمَرقَنْد" علَّلهُ "البزَّازيُّ" بأنَّ المرأةَ زَعَمتْ أنَّ الإعطاءَ كان عِوَضاً عن الهِبَةِ ولم تَثْبتِ الهِبَةُ فلا يَثْبُتُ العِوَضُ اهـ. ولا خفاءَ أنَّ هذا التَّعليلَ يأتي في دَفْعِ أبيها من مالِها بإذْنِها فينبغي أنْ تَرْجِعَ أيضاً)) اهـ. فأنتَ تَرَى أنَّ ما في "البحر" لا يَندَفِعُ إلاَّ باختلاف الموضوع لا باطِّلاعِهِ على عبارةِ "الفتح" الَّتي نقلَها "المُحشِّي"؛ إذ هي قريبةٌ من عبارة "الفتاوى السَّمَرقَنْدِيَّة"، تأمَّل.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٥ ـ ٢٥٦.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٨.

من جنسِهِ، "زيلعي". (في غيرِ المهيَّأ للأكلِ) كثيابٍ، وشاةٍ حيَّةٍ، وسَمْنٍ، وعسلٍ، وما يبقى شهراً، "أخي زاده". (و) القولُ (لها) بيمينِها (في المهيَّأ له) كخُبزٍ........

قلت: وهذا محمولٌ على ما إذا كان لا على جِهَةِ التَّعويضِ، فلا يُنافي قولَ "الشَّارح": ((ولو عوَّضَتْهُ إلخ)) بقرينةِ ما نقلناه أوَّلاً عن "الفتح".

هذا، وقد ذكرَ مسألةَ التَّعويضِ في "الفتح"[1] وغيرِهِ مُطلَقةً، وكذا في "الخانيَّة"[2]، لكنَّه قال فيها: ((وقال "أبو بكرٍ الإسكاف": إنْ صرَّحَتْ حين بَعَثَتْ أنَّها عِوَضٌ فكذلك، وإلاَّ كان هِبَةً منها وبَطَلَتْ نيَّتُها)) اهـ، ومثلُهُ في "الهنديَّة"[3].

وهذا يَحتمِلُ أنْ يكونَ بياناً لمرادِهم أو حكايةً لقولٍ آخرَ، تأمَّل. وينبغي اعتبارُ العُرفِ فيما يُقصَدُ به التَّعويضُ، فيكونُ كالملفوظِ، تأمَّل.

وما في "ط"[4]: ((من أنَّ المعتمدَ خلافُ ما قالَهُ "الإسكاف")) وعَزاهُ إلى "الهنديَّة" لم أَرَهُ فيها، نعم سيذكرُ[5] "الشَّارح" في آخرِ كتاب الهبةِ: ((أنه لا فَرْقَ بين تصريحِها بالعِوَضِ وعدمِهِ)).

[١٢٢٥٨] (قولُهُ: من جنسِهِ) لم يَذكُر "الزَّيلعيُّ" هذه الزِّيادةَ، "ط"[6]. ولم أَرَ أحداً ذكَرَها،

(قولُ "الشَّارح": كثيابٍ، وشاةٍ حيَّةٍ إلخ) نقَلَ "أبو الحَسَن السِّنْدِيُّ" في "حاشية الفَتْح" عن "أبي العِزِّ" قال: ((إذا كان المهْرُ دراهمَ أو دَنانيرَ فأرسلَ إليها حِنْطةً، أو شعيراً، أو ما جَرَتْ عادةُ النَّاسِ اليومَ بإرساله من: ماءِ الوَرْدِ، وثَوْبِ الحريرِ، والسُّكَّرِ ونَحْوِ ذلك فإنَّ في تصديقِهِ في قوله: ((بأنَّه من المهْرِ نظَراً؛ لوَجهَيْن:

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٦.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ـ فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ١/٣٩٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب السابع: في المهر ـ الفصل الثاني عشر: في اختلاف الزوجين في المهر ١/٣٢٣ معزياً إلى قاضيخان.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٦٦.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٩٢٨٦] قوله: ((لا تجوز الرقبى)).

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٦٦.

ولحمٍ مشويٌّ؛ لأنَّ الظَّاهرَ يُكذِّبُهُ،..........................

ولعلَّ المرادَ بها أنَّ العِوَضَ لو كان هالكاً وهو مِثْليٌّ تَرجِعُ عليه بمثلِهِ، فأرادَ بالجنسِ المثلَ، تأمَّل.

[١٢٢٥٩] (قولُهُ: مَشْوِيٌّ) لا مفهومَ له، "ط"[١].

[١٢٢٦٠] (قولُهُ: لأنَّ الظَّاهرَ يُكذِّبُهُ) قال في "الفتح"[٢]: ((والذي يجبُ اعتبارُهُ في ديارِنا أنَّ جميع ما ذُكِرَ من الحنطةِ واللَّوزِ والدَّقيقِ والسُّكَّرِ والشَّاةِ الحيَّةِ وباقيها يكونُ القولُ فيها قولَ المرأة؛ لأنَّ المُتعارَفَ في ذلك كلِّهِ أنْ يُرسِلَهُ هديَّةً، والظَّاهرُ معها لا معه، ولا يكونُ القولُ قولَهُ إلاَّ في نحوِ الثِّيابِ والجاريةِ)) اهـ.

قال في "البحر"[٣]: ((وهذا البحثُ موافقٌ لِما في "الجامع الصَّغير"[٤]، فإنَّه قال: إلاَّ في الطَّعامِ الذي يُؤكَلُ، فإنَّه أعمُّ من المهيَّأ للأكلِ وغيرِهِ)) اهـ.

أحدهما: أنَّ الظَّاهرَ يُكذِّبُهُ.

والثَّاني: أنَّ الصَّدَاقَ دراهمُ مَثَلاً، والمُرْسَلُ من خلاف جنْسِها، والمُعَاوَضَةُ تحتاجُ إلى التَّراضي من الجانبَيْن ولم يُوجَدْ. فقولُهُ: ((إنَّه من صَدَاقِها)) غيرُ صحيحٍ فلا يُصدَّقُ؛ إذ صَدَاقُها غيرُ ما أرسَلَهُ إليها، ولا يَنفَعُ التَّعليلُ بأنَّ الظَّاهرَ أنَّه يَسْعَى في إسقاطِ الواجبِ في حقِّه؛ فإنَّ الواجبَ في حقِّهِ غيرُ ما أرسَلَهُ إليها، ولا يَسقُطُ ما في الذِّمَّةِ بغيرِهِ إلاَّ بطريق المُعَاوَضَةِ وهي مُحْتاجَةٌ إلى التَّراضي من الجانبَيْن ولم يُوجَد، انتهى)) اهـ "سِنديّ"، وقد يُدْفَعُ هذا بأنَّ ما ذكَرُوه مَبنيٌّ على عادتِهم: أنَّهم يُسَمُّونَ نقُوداً في المهْرِ ثمَّ يَدْفَعُ الزَّوجُ غيرَها، ويَحْسِبُهُ عن المهْرِ، وتكونُ حينئذٍ المرأةُ راضيةً بهذه المُعاوَضةِ، وهذا العُرْفُ جارٍ في كثيرٍ من قُرَى مِصْرَ.

(قولُهُ: ولعلَّ المُرادَ بها أنَّ العِوَضَ إلخ) الأوضحُ أنْ يُرادَ به ما يَعُمُّ القِيْمةَ في القِيَمِيِّ، وزادَهُ إشارةً إلى أنَّها تَسْتَرِدُّ البدَلَ فيما لو هَلَكَ العِوَضُ، ولا شكَّ أنَّ القِيْمةَ من جنْسِ القِيَمِيِّ باعتبار الماليَّةِ، تأمَّل.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٦٦.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٦.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٨.

(٤) "الجامع الصغير": كتاب النكاح ـ باب في المهور صـ١٨٥ـ.

ولذا قال "الفقيهُ": ((المختارُ أنّه يُصدَّقُ فيما لا يجبُ عليه كخُفٍّ ومُـلاءَةٍ، لا فيما يجبُ كخمارٍ ودِرْعٍ))،..

قال في "النّهر"[1]: ((وأقول: وينبغي أنْ لا يُقبَلَ قولُهُ أيضاً في الثّيابِ المحمولةِ مع السُّكَّرِ ونحوِهِ للعُرفِ)) اهـ.

قلت: ومِن ذلك ما يَبعَثُهُ إليها قبلَ الزِّفافِ في الأعيادِ والمواسمِ من نحوِ ثيابٍ وحُلِيٍّ، وكذا ما [٣/ق١٢٠/أ] يُعطيها مِن ذلك أو مِن دراهمَ أو دنانيرَ صبيحةَ ليلةِ العُرسِ، ويُسمَّى في العُرفِ صُبْحةً، فإنَّ كلَّ ذلك تُعُورِفَ في زمانِنا كونُهُ هديَّةً لا من المهرِ، ولا سيَّما المسمَّى صُبْحةً، فإنَّ الزَّوجةَ تُعوِّضُهُ عنها ثياباً ونحوَها صَبيحةَ العُرسِ أيضاً.

[١٢٢٦١] (قولُهُ: ولذا قال "الفقيهُ") أي: "أبو اللّيث".

[١٢٢٦٢] (قولُهُ: كخُفٍّ ومُلاءَةٍ) لأنّه لا يجبُ عليه تمكينُها من الخروجِ، بل يجبُ مَنْعُها إلاّ فيما سنذكرُهُ، "فتح"[2].

قلت: ينبغي تقييدُ ذلك بما لم تَجْرِ به العادةُ؛ لِما حرَّرناهُ من أنَّ ذلك في عُرفنا يَلزَمُ الزَّوجَ، وأنّه مِن جملةِ المهرِ كما قدَّمناه[3] عن "الملتقط": ((أنَّ لها مَنْعَ نفسِها للمشروطِ عادةً كالخُفِّ والمُكعَّبِ وديباجِ اللِّفافةِ ودراهمِ السُّكَّرِ إلخ))، ومثلُهُ في عُرفنا مَناشفُ الحمَّامِ ونحوُها، فإنَّ ذلك بمنزلةِ المشروطِ في المهرِ، فيَلزَمُهُ دَفْعُهُ، ولا يُنافيه وجوبُ مَنْعِها من الخروجِ والحمَّامِ كما لا يخفى.

[١٢٢٦٣] (قولُهُ: كخِمارٍ ودِرْعٍ) ومتاعِ البيت، "بحر"[4]. فمتاعُ البيتِ واجبٌ عليه، فهذا محلُّ ذكرِهِ، فافهم. وسيذكرُ[5] "المصنِّفُ" في النَّفقة: ((أنّه يجبُ عليه آلةُ الطَّحْنِ وآنيةُ شرابٍ

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٦.

(٣) المقولة [١٢١٠٣] قوله: ((بخلاف مجهول الجنس)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٧.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٥٩٤١] قوله: ((ولبدٍ)).

يعني: ما لم يَدَّعِ أنَّه كسوةٌ؛ لأنَّ الظَّاهرَ معه.

(خطَبَ بِنْتَ رَجُلٍ، وبعَثَ إليها أشياءَ، و لم يُزوِّجْها أبوها فما بعَثَ للمهرِ يَستَرِدُّ عينَهُ قائماً) فقط وإنْ تغيَّرَ بالاستعمالِ.........

وطبخٍ ككُوْزٍ وجَرَّةٍ وقِدْرٍ ومِغرَفةٍ))، قال "الشَّارح": ((وكذا سائرُ أدواتِ البيت كحَصِيرٍ ولِبْدٍ وطِنْفِسَةٍ إلخ)).

[١٢٢٦٤] (قولُهُ: ما لم يَدَّعِ أنَّه كِسوةٌ) هذا تقييدٌ من عندِ صاحب "الفتح"[١]، وأقرَّهُ في "البحر"[٢]، أي: أنَّ ما يجبُ عليه لو ادَّعاهُ مهراً لا يُصدَّقُ؛ لأنَّ الظَّاهر يُكذِّبُهُ، أمَّا لو ادَّعى أنَّه كِسوةٌ وادَّعَتْ أنَّه هديَّةٌ فالقولُ له؛ لأنَّ الظَّاهرَ معه.

[١٢٢٦٥] (قولُهُ: و لم[٣] يُزوِّجْها أبوها) مثلُهُ ما إذا أَبَتْ وهي كبيرةٌ، "ط"[٤].

[١٢٢٦٦] (قولُهُ: فما بعَثَ للمهرِ) أي: مما اتَّفقَا على أنَّه من المهرِ، أو كان القولُ له فيه على ما تقدَّمَ[٥] بيانُهُ.

[١٢٢٦٧] (قولُهُ: فقط) قيدٌ في ((عينَهُ)) لا في ((قائماً))، واحترَزَ به عمَّا إذا تغيَّرَ بالاستعمالِ كما أشار إليه "الشَّارحُ"، قال في "المنح"[٦]: ((لأنه مُسلَّطٌ عليه مِن قِبَلِ المالكِ،

(قولُهُ: لأنَّه مُسلَّطٌ عليه من قِبَلِ المالِك إلخ) فيه أنَّه وإنْ كان مُسلَّطاً عليه من قِبَلِ مالِكهِ إلاَّ أنَّه مَدْفُوعٌ على وجْهِ المُعاوَضَةِ على زَعْمِ الزَّوجِ فيكونُ نُقْصانُهُ مَضْمُوناً عليه، كما لو هَلَكَ كلُّهُ؛ إذ الجُزْءُ مُعْتَبَرٌ بالكُلِّ في مِثْلِ هذا.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٦/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٧/٣-١٩٨ بتصرف.

(٣) في "الأصل" و"آ" و"ب": ((فلم)) بالفاء، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "الدر".

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٦/٢.

(٥) "در" صـ٥٠٥ـ.

(٦) "المنح": كتاب النكاح ـ باب بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٨/أ.

(أو قيمتَهُ هالكاً) لأنَّه معاوضةٌ و لم تَتِمَّ، فجازَ الاستردادُ (وكذا) يَستردُّ (ما بعَثَ هديَّةً وهو قائمٌ دونَ الهالكِ والمستهلَكِ) لأنَّه في معنى الهبةِ[1] (ولو ادَّعَتْ أنَّه) أي: المبعوثَ (من المهرِ، وقال: هو وديعةٌ فإنْ كان من جنسِ المهرِ فالقولُ لها، وإنْ كان من خلافِهِ فالقولُ له)..

فلا يَلزَمُ في مقابلةِ ما انتقَصَ باستعمالِهِ شيءٌ))، "ح"[2].

[١٢٢٦٨] (قولُهُ: أو قيمتَهُ) الأَولى: أو بدلَهُ؛ ليَشمَلَ المِثْليَّ.

[١٢٢٦٩] (قولُهُ: لأنَّه في معنى الهبةِ) أي: والهلاكُ والاستهلاكُ مانعٌ من الرُّجوعِ بها، وعبارةُ "البزَّازيَّة"[3]: ((لأنَّه هِبَةٌ)) اهـ.

ومقتضاهُ: أنَّه يُشترَطُ في استردادِ القائمِ القضاءُ أو الرِّضا، وكذا يُشترَطُ عدمُ ما يَمنَعُ من الرُّجوعِ كما لو كان ثوباً فصَبَغَتْهُ أو خاطَتْهُ، ولم أَرَ مَن صرَّحَ بشيءٍ من ذلك، فليُراجَع. والتَّقييدُ بالهديَّةِ احترازٌ عن [٣/ق١٢٠/ب] النَّفقةِ فيما يظهرُ كما يأتي[4] في مسألةِ الإنفاقِ على مُعتدَّةِ الغيرِ. ٣٦٤/٢

[١٢٢٧٠] (قولُهُ: ولو ادَّعَتْ إلخ) ذكَرَ في "البحر"[5] هذه المسألةَ عند قول "الكنز": ((بعَثَ إلى امرأتِهِ شيئاً إلخ))، وقال: ((قيَّدَ بكونِهِ ادَّعاهُ مهراً لأنَّه لو ادَّعَتْهُ مهراً وادَّعاهُ وديعةً فإنْ كان من جنسِ المهر فالقولُ لها، وإلاَّ فلَهُ)) اهـ.

فعُلِمَ أنَّ هذه المسألةَ في دعوى الزَّوجةِ لا في دعوى المخطوبةِ التي لم يُزوِّجْها أبوها، فكان

---

(١) عبارة "و": ((لأن فيه معنى الهبة)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٦/ب.

(٣)"البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ـ الجنس الأول: في الاختلاف ١٣١/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٩/٣.

بشهادةِ الظَّاهرِ.

(أنفَقَ) رجلٌ (على مُعتدَّةِ الغيرِ.......................................

المناسبُ ذكرَها قبل قوله: ((خطَبَ بنتَ رَجُلٍ إلخ))، وذلك لأنَّ دعوى المخطوبةِ أنَّ المبعوث من المهرِ تَضُرُّها؛ لأنَّه يَلزَمُها رَدُّهُ قائماً وهالكاً، فالمناسبُ أنْ تكون دعوى الوديعةِ لها ودعوى المهرِ للزَّوجِ؛ لأنَّ الوديعةَ لا يَلزَمُها رَدُّها إذا هَلَكَتْ بخلافِ الزَّوجة، فإنَّ دَعْواها أنَّه من المهرِ تَنفَعُها لمنعِ الاستردادِ مطلقاً، ودَعْواهُ أنَّه وديعةٌ تَنفَعُهُ[1]؛ لأنَّه يُطالِبُها باستردادِها قائمةً وبضمانِها مُستهلَكةً.

[١٢٢٧١] (قولُهُ: بشهادةِ الظَّاهرِ) يَرجِعُ إلى الصُّورتين، "ط"[2].

مطلبٌ: أنفقَ على مُعتدَّةِ الغيرِ

[١٢٢٧٢] (قولُهُ: أنفَقَ على مُعتدَّةِ الغيرِ إلخ) حَكَى في "البزَّازيَّة"[3] في هذهِ المسألةِ ثلاثةَ أقوالٍ مُصحَّحةً:

حاصلُ الأوَّلِ: أنَّه يَرجِعُ مطلقاً شرَطَ التَّزوُّجَ أوْ لا، تَزَوَّجَتْهُ أوْ لا؛ لأنَّه رَشوةٌ.

وحاصلُ الثَّاني: أنَّه إنْ لم يَشرِطْ لا يَرجِعُ.

وحاصلُ الثَّالث ـ وقد نقلَهُ عن "فصول العماديِّ" ـ : ((أنَّه إنْ تَزَوَّجَتْهُ لا يَرجِعُ، وإنْ أَبَتْ رجَعَ شرَطَ الرُّجوعَ أوْ لا إنْ دفعَ إليها الدَّراهمَ لتُنفِقَ على نفسِها، وإنْ أَكَلَ معها لا يَرجِعُ بشيءٍ أصلاً)) اهـ.

(قولُهُ: وذلك لأنَّ دَعْوى المَخْطُوبة إلخ) لا مانعَ من جَعْلِ ما ذكَرَهُ "المَتْنُ" في المَخْطُوبةِ أيضاً، وذلك بأنْ نَقصَ المَبْعُوثُ باستعمالِهَا فأرادَ أنْ يُضمِّنَها النُّقْصانَ مُدَّعِياً أنَّه وديعةٌ فدَعْوَاها أنَّه مهرٌ تنْفَعُها في عَدَمِ ضَمَانِ النُّقْصانِ.

---

(١) من ((لمنع)) إلى ((تنفعه)) ساقط من "آ".

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٦/٢.

(٣) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ـ الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

وحاصلُ ما في "فتح القدير"[(١)] حكايةُ الأوَّلِ والأخيرِ، وحكى في "البحر"[(٢)] الأوَّلَ أيضاً ثمَّ قال[(٣)]: ((وقيل: لا يَرجعُ إذا زَوَّجَتْ نفسَها وقد كان شَرَطَهُ، وصُحِّحَ أيضاً، وإنْ أَبَتْ ولم يكن شَرَطَهُ لا يَرجِعُ على الصَّحيح)) اهـ.

فقولُهُ: ((لا يَرجِعُ إذا زَوَّجَتْ نفسَها إلخ)) يُفهَمُ منه عدمُ الرُّجوعِ بالأَولى إذا تَزَوَّجَتْهُ ولم يَشترِطْ، وقولُهُ: ((وإنْ أَبَتْ إلخ)) يُفهَمُ منه أنَّه إنْ أَبَتْ وقد شَرَطَهُ يَرجِعُ، فصار حاصلُ هذا القولِ الثَّاني أنَّه يَرجعُ في صورةٍ واحدةٍ، وهي ما إذا أَبَتْ وكان شَرَطَ التَّزوُّجَ، ولا يَرجِعُ في ثلاثٍ، وهي ما إذا أَبَتْ ولم يَشترِطْهُ، أو تَزَوَّجَتْهُ وشَرَطَهُ، أو لم يَشرِطْ، فهذه أربعةُ أقوالٍ كلُّها مُصحَّحةٌ، وذكَرَ "المصنِّفُ" في "شرحه"[(٤)]: ((أنَّ المعتمدَ ما في "فصول العِماديِّ"، [٣/ق١٢١/أ] ـ أعني: القولَ الثَّالث ـ وأنَّ شيخَهُ صاحبَ "البحر" أفتى به)) اهـ.

قلت: والذي اعتَمَدَهُ فقيهُ النَّفسِ الإمامُ "قاضي خان"[(٥)] هو القولُ الأوَّلُ، فإنَّه ذكَرَ: ((أنَّه إنْ شرَطَ التَّزوُّجَ رجَعَ؛ لأنَّه شرطٌ فاسدٌ، وإلاَّ فإنْ كان معروفاً فقيل: يَرجِعُ، وقيل: لا))، ثمَّ قال[(٦)]: ((وينبغي أنْ يَرجعَ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ أنَّه لو لم تَتَزَوَّجْ لا يُنفِقُ عليها كان بمنزلةِ الشَّرطِ، كالمُستقرِضِ إذا أهدى إلى المُقرِضِ شيئاً لم يكن أهدى إليه قبلَ الإقراضِ كان حراماً، وكذا القاضي لا يُجيبُ الدَّعوةَ الخاصَّةَ، ولا يَقبَلُ الهديَّةَ من رَجُلٍ لو لم يكن قاضياً لا يُهدي إليه، فيكونُ ذلك بمنزلةِ الشَّرطِ وإنْ لم يكن مشروطاً[(٧)])) اهـ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٥٦.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٩.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٩ـ٢٠٠.

(٤) "المنح": كتاب النكاح ـ باب بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٨/أ.

(٥) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ـــ فصل: في حبس المرأة نفسها بالمهر ١/٣٩١ ـ ٣٩٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٠٠.

(٧) عبارة "الخانية": ((وإن لم يكن مشروطاً لفظاً)).

....

وأيَّدَهُ في "الخيريَّة"[١] في كتاب النَّفقات، وأفتى به حيث سُئِلَ فيمَن خطَبَ امرأةً وأنفقَ عليها، وعَلِمَتْ أنَّه يُنفِقُ ليتزوَّجَها فتزوَّجَتْ غيرَهُ، فأجاب: ((بأنَّه يَرجِعُ))، واستشهَدَ له بكلامِ "قاضي خان" المذكورِ وغيرِهِ، وقال: ((إنَّه ظاهرُ الوجهِ، فلا ينبغي أنْ يُعدَلَ عنه)) اهـ.

(تنبيهٌ)

أفادَ ما في "الخيريَّة"[٢] ـ حيث استشهَدَ على مسألةِ المخطوبةِ بعبارة "الخانيَّة" ـ أنَّ الخلافَ الجاريَ هنا جارٍ في مسألةِ المخطوبة المارَّةِ[٣]، وأنَّ ما مَرَّ[٤] فيها: ((من أنَّ له استردادَ القائم دون الهالكِ والمُستهلَكِ)) خاصٌّ بالهديَّةِ دونَ النَّفقةِ والكسوةِ؛ إذ لا شَكَّ أنَّ المُعتدَّةَ مخطوبةٌ أيضاً، ولا تأثيرَ لكونِها مُعتدَّةً يَحرُمُ التَّصريحُ بخِطبتِها، بل التَّأثيرُ للشَّرطِ وعدمِهِ، وكونِهِ شرطاً فاسداً، وكونِ ذلك رَشوةً كما علمتَهُ من تعليلِ الأقوال، وعلى هذا فما يَقَعُ في قرى دمشقَ من أنَّ الرَّجُلَ يَخطُبُ امرأةً، ويصيرُ يَكسُوها ويُهدي إليها في الأعيادِ، ويُعطيها دراهمَ للنَّفقةِ والمهرِ إلى أنْ يُكمِّلَ لها المهرَ فيَعقِدُ عليها ليلةَ الزِّفاف، فإذا أَبَتْ أنْ تتزوَّجَهُ ينبغي أنْ يَرجِعَ عليها بغيرِ الهديَّةِ الهالكةِ على الأقوالِ الأربعةِ المارَّةِ؛ لأنَّ ذلك مشروطٌ بالتَّزوُّجِ كما حقَّقَهُ "قاضي خان" فيما مَرَّ.

وبقي ما إذا ماتَتْ، فعلى القولِ الأوَّلِ لا كلامَ في أنَّ له الرُّجوعَ، أمَّا على الثَّالثِ فهل يُلحَقُ

(قولُهُ: فإذا أبَتْ أنْ تَتزوَّجَهُ ينبغي أنْ يَرْجِعَ عليها بغير الهَدِيَّةِ إلخ) لا يَظهَرُ على قولِ مَن اشْتَرطَ التَّصريحَ بالشَّرْطِ، ولم يَكتَفِ بالشَّرْطِ المَعْرُوفِ، تأمَّل.

---

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٧٢/١.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٧٢/١.

(٣) "در" صـ٥١٢ـ.

(٤) "در" صـ٥١٣ـ.

بشرطِ أنْ يتزوَّجَها) بعد عِدَّتِها (إنْ تَزوَّجَتْهُ لا رجوعَ مطلقاً، وإنْ أَبَتْ فله الرُّجوعُ إنْ كان دفعَ لها،..

بالإباءِ؟ لم أرَهُ، وينبغي الرُّجوعُ؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ علَّةَ القولِ الثَّالثِ أنَّه كالهبةِ المشروطةِ بالعِوَض وهو التَّزوُّجُ كما يُفيدُهُ ما في "حاوي الزَّاهديِّ" برَمْزِ "البرهان" [٣/ق١٢١/ب] صاحب "المحيط"[١]: ((بَعَثَت الصِّهْرةُ إلى بيتِ الخَتَنِ ثياباً لا رُجُوعَ لها بعدَهُ ولو قائمةً، ثمَّ سُئل فقال: لها الرُّجوعُ لو قائماً))، قال "الزَّاهديُّ": ((والتَّوفيقُ أنَّ البَعْثَ الأوَّلَ قبل الزِّفافِ ثمَّ حصَلَ للزِّفافِ، فهو كالهبةِ بشرطِ العِوَضِ وقد حصَلَ، فلا تَرجِعُ، والثَّانيَ بعد الزِّفافِ، فتَرجِعُ)) اهـ. وكذا لم أَرَ ما لو ماتَ هو أو أَبى، فليُراجَع.

(تتمَّةٌ)

لم يَذكُر ما لو أنفقَ على زوجتِهِ ثمَّ تبيَّنَ فسادُ النِّكاح، بأنْ شَهِدُوا بالرَّضاعِ وفُرِّقَ بينهما، ففي "الذَّخيرة": ((له الرُّجوعُ بما أنفقَ بفَرْضِ القاضي؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّها أَخذَتْ بغيرِ حقٍّ، ولو أنفقَ بلا فرضٍ لا يَرجِعُ بشيءٍ)).

[١٢٢٧٣] (قولُهُ: بشرطِ أنْ يتزوَّجَها) الأَولى أنْ يقول: بطَمَعِ أنْ يتزوَّجَها كما عبَّرَ في "البحر"[٢].

٣٦٥/٢ [١٢٢٧٤] (قولُهُ: مطلقاً) تفسيرُ الإطلاقِ في الموضعين ـ كما دَلَّ عليه كلامُ "المصنِّف"

(قولُهُ: ثمَّ حصَلَ للزِّفافِ إلخ) المُناسِبُ التَّعبيرُ بـ ((أل)) بدلَ ((اللاَّم)) الجارَّةِ، تأمَّل.

(قولُهُ: وكذا لَمْ أَرَ ما لو مَاتَ هو، أو أَبى فلْيُرَاجَع) الظَّاهرُ أنَّ كُلاًّ مِن مَوْتِه وإبائِهِ كمَوْتِها وإبائِها، وأنَّه يَرْجِعُ هو أو وَرَثَتُهُ على القوْلِ الأوَّل، وعلى الثَّاني يُفْصَلُ بين الشَّرْطِ وعدَمِه، وعلى الثَّالثِ لعَدَمِ تَحَقُّقِ العِوَضِ يَرْجِعُ شَرْطُ التَّزوُّجِ أَوْ لا، وكذا على الرَّابعِ يَرْجِعُ إذا شَرَطَهُ.

---

(١) لم نعثر عليه في مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٩٩/٣.

وإنْ أكَلَتْ معه فلا مطلقاً) "بحر" عن "العمادِيَّة"، وفيه عن "المبتغى": (جَهَّزَ ابنتَهُ بجَهازٍ وسَلَّمَها ذلك...

في "شرحه"[(١)]ـ: ((شرَطَ التَّزوُّجَ أو لم يَشرِطْهُ))، ولذا قلنا: الأولى أنْ يقول: بطَمَعِ أنْ يتزوَّجَها ليَتأتَّى الإطلاقُ المذكورُ، وهذا القولُ هو الثَّالثُ قد اعتمَدَهُ "المصنِّفُ" في "متنِهِ" و"شرحِهِ"، وقال في "الفيض": ((وبه يُفتَى)).

[١٢٢٧٥] (قولُهُ: وإنْ أكَلَتْ معه فلا) أي: لأنَّه إباحةٌ لا تمليكٌ، أو لأنَّه مجهولٌ لا يُعلَمُ قَدْرُهُ، تأمَّل. وليُنظَرْ وجهُ عدمِ الرُّجوعِ في الهديَّةِ الهالكةِ أو المُستهلَكةِ على ما قلناه[(٢)] من عدمِ الفَرْقِ بين المخطوبةِ والمعتدَّة.

[١٢٢٧٦] (قولُهُ: "بحر" عن "العِمادِيَّة") صوابُهُ: "منح"[(٣)] عن "العِمادِيَّة"، فإنَّ ما في المتن عَزاهُ في "المنح" إلى "الفصول العِمادِيَّة"، وهو القولُ الثَّالثُ من الأقوالِ الأربعةِ التي قدَّمناها[(٤)]، وأمَّا ما في "البحر"[(٥)] فهو القولُ الأوَّلُ والقولُ الرَّابع، ولم يَذكُرِ القولَ الثَّالثَ أصلاً، ولا وقَعَ

(قولُهُ: شَرَطَ التَّزوُّجَ أو لم يَشرِطْهُ إلخ) الظَّاهرُ في تفسيرِ الإطلاقِ بدَلالَةِ ما بعْدَهُ أنْ يُقالَ: دَفَعَ لها أو أكَلَتْ معه.

(قولُهُ: وليُنظَرْ وجهُ عدَمِ الرُّجُوعِ في الهَدِيَّةِ إلخ) الظَّاهرُ أنَّ التَّفصيلَ المَارَّ في الهَدِيَّةِ بين القائمِ والهالِكِ لا يَتأتَّى على القوْلِ الأوَّل، وأنَّه عليه يَرْجِعُ في الهالِكِ أيضاً، وأنْ يأتيَ فيها ما قِيْلَ في النَّفقةِ على كُلٍّ من الأقوال الأربَعَةِ، وأنَّ ما مَشَى عليه "المُصنِّفُ" في الهَدِيَّةِ جَرَى على القوْلِ الثَّاني، لكنْ يقيدُ كلامُ "المُصنِّفِ" فيها: بمَا إذا لَم يَشْرِطِ التَّزوُّجَ؛ إذ لو شَرَطَهُ لرَجَعَ بلا فَرْقٍ بين الهالِكِ والقائِمِ.

---

(١) "المنح": كتاب النكاح ـ باب بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٨/أ.

(٢) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٣) "المنح": كتاب النكاح ـ باب بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٨/أ.

(٤) المقولة [١٢٢٧٢] قوله: ((أنفق على معتدة الغير إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/١٩٩ـ٢٠٠.

ليس له الاستردادُ[1] منها) ولا لورثتِهِ بعدَهُ إنْ سَلَّمَها ذلك في صحَّتِهِ، بل تختصُّ بـه (وبه يُفتَى) وكذا لو اشتَرَاهُ لها في صِغَرِها، "ولواجيَّة"[2]........................

فيه العَزْوُ إلى "العِمادِيَّة"[3].

[١٢٢٧٧] (قولُهُ: ليس له الاستردادُ منها) هذا إذا كان العُرفُ مُستمِراً أنَّ الأبَ يَدفَعُ مثلَهُ جَهازاً لا عاريةً كما يذكرُهُ[4] قريباً، وكان يُغنيه ما يأتي[5] عمَّا ذكرَهُ هنا، ويمكنُ أنْ يكونَ هذا بيانَ حكمِ الدِّيانةِ والآتي بيانَ حكمِ القضاء.

[١٢٢٧٨] (قولُهُ: في صِحَّتِهِ) احترازٌ عمَّا لو سَلَّمَها في مرضِ موتِهِ، فإنَّه تمليكٌ للوارثِ، ولا يصحُّ بدونِ إجازةِ الوَرَثة.

[١٢٢٧٩] (قولُهُ: وكذا لو اشتَرَاهُ لها في صِغَرِها) أي: وإنْ سَلَّمَها في مرضِهِ أو لم يُسلِّمْها أصلاً؛ لأنَّها مَلَكَتْهُ بشراءِ الأبِ لها قبلَ التَّسليم كما يأتي[6]، ولو ماتَ قبل دفعِ الثَّمَنِ رجَعَ البائعُ على تَرِكَتِهِ، ولا رُجُوعَ للوَرَثةِ عليها، ففي "أدب الأوصياء"[7] عن "الخانيَّة"[8] وغيرها: ((الأبُ إذا شَرَى خادماً للصَّغيرِ ونقَدَ الثَّمنَ من مالِ نفسِهِ لا يَرجِعُ عليه إلاَّ إذا أشهَدَ بالرُّجوعِ، وإنْ لم يَنقُدْهُ حتَّى مات ولم يكن أشهَدَ أُخِذَ من تَرِكَتِهِ، [٣/ق١٢٢/أ] ولا يَرجِعُ عليه بقيَّةُ الوَرَثةِ)) اهـ.

(قولُهُ: هذا بيانُ حُكْمِ الدِّيانَةِ إلخ) لا يَصِحُّ أنْ يكونَ ما ذكَرَهُ "المُصنِّفُ" حُكْمَ الدِّيانَةِ بل هي، يُرَاعي فيها نيَّتَهُ عند التَّسليمِ، فإنْ نَوَى التَّمليكَ لا يَسْتَرِدُّ دِيانةً، وإلاَّ اسْتَرَدَّ هذا هو حُكْمُ الدِّيانَةِ، تأمَّل.

---

(١) في "ب": ((الاستراد)).

(٢) لم نعثر عليها في مظانها في "الولوالجية".

(٣) **نقول:** بل ذكر صاحب "البحر" هذا القول وعزاه إلى "العمادية"، انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/ ٢٠٠.

(٤) "در" صـ٥٢٠ـ وما بعدها.

(٥) "در" صـ٥٢١ـ.

(٦) المقولة [١٢٢٨١] قوله: ((والأحوط)).

(٧) "أدب الأوصياء": فصل في القسمة ٢/ ٢٦٩ (هامش جامع الفصولين). وهو للمولى علي بن محمد الجمالي الرومي الحنفي (ت٩٣١هـ). ("كشف الظنون" ١/ ٤٥، "فهرس مخطوطات الظاهرية" ـ الفقه الحنفي ١/ ٣٨، "معجم المؤلفين" ٢/ ٤٩٩).

(٨) "الخانية": كتاب البيوع ـ باب في بيع غير المالك ٢/ ٢٨٥ ("هامش الفتاوى الهندية").

والحيلةُ أنْ يُشهِدَ عند التّسليمِ إليها أنّه إنّما سَلَّمَهُ عاريَّةً، والأحوطُ أنْ يشتريَهُ منها ثمَّ تُبْرِئَهُ، "درر".

(أخَذَ أهلُ المرأةِ شيئاً عند التّسليمِ فللزّوجِ أنْ يَستَرِدَّهُ[1]) لأنّه رَشوةٌ.

(جَهَّزَ ابنتَهُ ثمَّ ادَّعَى أنَّ ما دفَعَهُ لها عاريَّةٌ،..................

[١٢٢٨٠] (قولُهُ: والحِيلةُ) أي: فيما لو أرادَ الاستردادَ منها.

[١٢٢٨١] (قولُهُ: والأحوطُ) أي: لاحتمالِ أنّه اشترَى لها بعضَ الجَهازِ في صِغَرِها، فلا يَحِلُّ له أخذُهُ بهذا الإقرارِ دِيانةً كما في "البحر"[2] و"الدُّرر"[3]، وكذا لو كان بعدما سَلَّمَهُ إليها وهي كبيرةٌ.

[١٢٢٨٢] (قولُهُ: عند التّسليمِ) أي: بأنْ أَبى أنْ يُسلِّمَها أخوها أو نحوُهُ حتّى يأخذَ شيئاً، وكذا لو أَبى أنْ يُزوِّجَها فللزّوجِ الاستردادُ قائماً أو هالكاً؛ لأنّه رَشوةٌ، "بزّازيّة"[4]. وفي "الحاوي الزّاهديّ" برَمْزِ "الأسرار" للعلاّمةِ "نجم الدِّين": ((وإنْ أعطَى إلى رَجُلٍ شيئاً لإصلاحِ مَصالِحِ المُصاهَرَةِ إنْ كان مِن قومِ الخطيبةِ أو غيرِهم الذين يَقدِرون على الإصلاحِ والفسادِ، وقال: هو أُجرةٌ لكَ على الإصلاحِ لا يَرجِعُ، وإنْ قال: على عدمِ الفسادِ والسُّكوتِ يَرجِعُ؛ لأنّه رَشوةٌ، والأجرةُ إنّما تكونُ في مُقابَلةِ العَمَلِ، والسُّكوتُ ليس بعَمَلٍ، وإنْ لم يَقُلْ: هو أُجرةٌ يَرجِعُ، وإنْ كان ممن لا يَقدِرون على ذلك إنْ قال: هو عَطِيَّةٌ أو أُجرةٌ لكَ على الذَّهابِ والإيابِ أو الكلامِ أو الرِّسالةِ بيني وبينها لا يَرجِعُ، وإنْ لم يَقُلْ شيئاً منها يكونُ هِبَةً له الرُّجوعُ فيها إنْ لم يُوجَد ما يَمنَعُ الرُّجوعَ)).

(قولُهُ: إنْ قالَ: هو عَطِيَّةٌ أو أُجرةٌ لكَ) الظّاهرُ أنّه راجعٌ لكلٍّ مِن قولِهِ: ((عطيّةٌ وأُجرةٌ)) حتّى يَتأتّى عدمُ الرُّجُوعِ في قوله: ((عطيّةٌ)).

---

(١) في "د" زيادة: ((لأنَّ الرشوة لا تملك كما في قضاء "البحر")).ق١٦٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٠/٣.

(٣) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣٤٨/١.

(٤) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر ـ الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٦/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

وقالت: هو تمليكٌ، أو قال الزَّوجُ ذلك بعد موتِها ليَرِثَ منه، وقال الأبُ) أو ورثتُهُ بعد موته: (عاريَّةٌ فـ) المعتمدُ[1] أنَّ (القول للزَّوجِ ولها إذا كان العُرفُ مستمرّاً أنَّ الأبَ يَدفَعُ مثلَهُ جَهازاً لا عاريَّةً، و) أمَّا (إن[2] مُشترَكاً) كمصرَ والشَّامِ.........

[١٢٢٨٣] (قولُهُ: وقالَتْ: هو تمليكٌ) كذا في "الفتح"[3] و"البحر"[4] وغيرِهما، ويُشكِلُ جَعْلُ القولِ لها بأنَّه اعترافٌ بملكيَّةِ الأبِ وانتقالِ المِلكِ إليها من جهَتِهِ[5]، وقد صَرَّحَ في "البدائع"[6]: ((بأنَّ المرأةَ لو أَقَرَّتْ بأنَّ هذا المتاعَ اشتَرَاهُ لي زَوْجي سقَطَ قولُها؛ لأنَّها أَقَرَّتْ بالمِلكِ له، ثمَّ ادَّعَت الانتقالَ إليها، فلا يَثبُتُ إلاَّ بدليلٍ)) اهـ[7].

ويجابُ: بأنَّ هذه من المسائلِ التي عَمِلُوا فيها بالظَّاهرِ كاختلافِ الزَّوجين في متاعِ البيتِ ونحوِها ممَّا يأتي[8] في كتابِ الدَّعوى آخرَ بابِ التَّحالُفِ، ومثلُهُ ما مَرَّ[9] في الاختلافِ في دَعْوى المهرِ والهديَّةِ.

[١٢٢٨٤] (قولُهُ: فالمعتمدُ إلخ) عبَّرَ عنه في "فتح القدير"[10]: ((بأنَّه المختارُ للفتوى))، ومقابلُهُ

---

(١) في "د" زيادة: ((ذكر المسألة في العارية أيضاً، وقد ذكر أنَّ كلَّ مَنْ كان القولُ قولَهُ يلزمه اليمين إلا في مسائل ليست هذه المسألة منها، والله تعالى أعلم. وأفتى قارئ "الهداية" رحمه الله تعالى بقوله: القولُ قولُ الأب والأمّ ـ أنَّهما لم يملكاها، وإنَّما هو عارية عندكم ـ مع اليمين، إلا أن تقوم دلالةٌ أنَّ الأب والأم يملكان مثل هذا الجهاز للابنة. وسئل أيضاً عمَّا إذا تنازعا مع الزَّوج بعدما زفّت إليه بالجهاز وماتت، فأجاب: إذا زُفَّت إلى الزَّوج، وسُلِّمت إليه مع الجهاز لا يسمع من الأبوين أنه ليس لها إلا ببينة، والله تعالى أعلم. "حامدية")). ق١٦٥/ب.

(٢) في "د": ((إن كان)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠٠/٣.

(٥) في "د" زيادة: ((كذلك أو تارة وتارة فالقولُ له، به يفتى، كما لو كان أكثرَ ممَّا يجهَّزُ به مثلُها، فإنَّ القول له اتفاقاً، انتهى. وعبَّر في "البزازية" في دعوى الزوج أنه من تركتها، وهذا لا إشكال فيه، وإنَّما الإشكال فيما إذا ادَّعى التمليك، و لم أرَ مَنْ أوضحه)). ق١٦٥/ب.

(٦) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: وأما حكم اختلاف الزوجين في المهر ـ فصل ومما يتصل بهذا اختلاف الزوجين إلخ ٣١٠/٢.

(٧) في "د" زيادة: ((فهذا يدلُّ على أنه من ادَّعى التمليك في مسألتنا لا يقبل قوله إلا بدليل، فتأيد ما بحثناه أولاً، فتأمل)). ق١٦٥/ب.

(٨) انظر المقولة [٢٧٨١٩] قوله: ((وإن اختلف الزوجان)).

(٩) "در" صـ٥٠٥ـ.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٦/٣.

(فالقولُ للأبِ)..

ما نقلَهُ قبلَهُ: ((من أنَّ القولَ لها ـ أي: بدُونِ تفصيلٍ ـ بشهادةِ الظَّاهرِ؛ لأنَّ العادة دَفْعُ ذلك هِبَةً))، وما اختارَهُ الإمامُ "السَّرخسيُّ": ((من أنَّ القولَ للأبِ؛ لأنَّ ذلك يُستفادُ من جِهَتِهِ)) اهـ.

والظَّاهرُ: أنَّ القولَ المعتمدَ توفيقٌ بين هذين القولين [٣/ق١٢٢/ب] بجَعْلِ الخلافِ لفظيّاً.

مطلبٌ في دَعْوى الأبِ أنَّ الجَهاز عاريةٌ

[١٢٢٨٥] (قولُهُ: فالقولُ للأبِ) أي: مع اليمينِ كما في "فتاوى قارئ الهداية"[1].

قلت: وينبغي تقييدُ القولِ للأبِ بما إذا كان الجَهازُ كلُّهُ من مالِهِ، أمَّا لو جَهَّزَها بما قَبَضَهُ من مهرِها فلا؛ لأنَّ الشِّراءَ وقَعَ لها حيث كانَتْ راضيةً بذلك، وهو بمنزلةِ الإذنِ منها عُرْفاً، نعم لو زادَ على مهرِها فالقولُ له في الزَّائدِ إنْ كان العُرفُ مُشتركاً.

ثمَّ اعلم أنَّه قال في "الأشباه"[2]: ((إنَّ العادة إنما تُعتبَرُ إذا اطَّرَدَتْ أو غَلَبَتْ، ولذا قالوا في البيع: لو باعَ بدراهمَ أو دنانيرَ في بلدٍ اختَلَفَ فيها النُّقودُ مع الاختلافِ في الماليَّةِ والرَّواجِ انصرَفَ البيعُ إلى الأغلبِ، قال في "الهداية"[3]: لأنَّه هو المُتعارَفُ، فيَنصرِفُ المطلقُ إليه)) اهـ كلامُ "الأشباه".

قلت: ومقتضاهُ أنَّ المرادَ من استمرارِ العُرفِ هنا غلبتُهُ، ومن الاشتراكِ كثرةُ كلٍّ منهما؛ إذ لا نظَرَ إلى النَّادرِ، ولأنَّ حَمْلَ الاستمرارِ على كلِّ واحدٍ من أفرادِ النَّاسِ في تلك البلدةِ لا يمكنُ، ويَلزَمُ عليه إحالةُ المسألةِ؛ إذ لا شَكَّ في صُدُورِ العاريةِ من بعضِ الأفراد، والعادةُ الفاشيةُ الغالبةُ في أشرافِ[4] النَّاسِ وأوساطِهم دَفْعُ ما زادَ على المهرِ من الجَهازِ تمليكاً سوى ما يكونُ على الزَّوجةِ ليلةَ الزِّفافِ من الحُلِيِّ والثِّيابِ، فإنَّ الكثيرَ منه أو الأكثرَ عاريةٌ، فلو ماتَتْ ليلةَ الزِّفاف[5] لم يكن

---

(١) "فتاوى قارئ الهداية": صـ٣٣ـ المسألة (٣٠).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول ـ القاعدة السادسة: العادة والعرف صـ١٠٣ـ.

(٣) "الهداية": كتاب البيوع ٣/٢٢.

(٤) في "آ": ((أفراد)).

(٥) من ((من الحلي)) إلى ((الزفاف)) ساقط من "آ".

....

٢/٣٦٦ للرَّجُلِ أنْ يدَّعيَ أنَّه لها، بل القولُ فيه للأبِ أو الأمِّ: إنَّه عاريةٌ أو مُستعارٌ لها كما يُعلَمُ من قولِ "الشَّارح": ((كما لو كان أكثرَ مما يُجهَّزُ به مثلُها))، وقد يقال: هذا ليس من الجَهازِ عُرفاً.

وبقيَ لو جرَى العرفُ في تمليكِ البعضِ وإعارةِ البعض، ورأيتُ في "حاشية الأشباه" للسيِّدِ "محمَّد أبي السُّعود" عن "حاشية الغَزِّيِّ": ((قال الشَّيخُ الإمامُ الأَجَلُّ "الشَّهيدُ": المختارُ للفتوى أنْ يُحكَمَ بكونِ الجَهازِ مِلْكاً لا عاريةً[1]؛ لأنَّه الظَّاهرُ الغالبُ، إلاَّ في بلدةٍ جرَت العادةُ بدَفْعِ الكلِّ عاريةً فالقولُ للأبِ، وأمَّا إذا جرَتْ في البعضِ يكونُ الجَهازُ تركةً يتعلَّقُ بها حقُّ الورثة، وهو الصَّحيحُ)) اهـ[2].

ولعلَّ وجهَهُ: أنَّ البعض الذي يَدَّعيه الأبُ بعينِهِ عاريةً لم تَشهَدْ له به العادةُ، بخلافِ ما لو جرَت العادةُ بإعارةِ [٣/ق١٢٣/أ] الكلِّ، فلا يتعلَّقُ به حَقُّ وَرَثَتِها، بل يكونُ كلُّهُ للأبِ، والله تعالى أعلم.

(تنبيهٌ)

ذكَرَ "البيري" في "شرحِ الأشباه": ((أنَّ ما ذَكَرُوه في مسألةِ الجَهازِ إنما هو فيما إذا كان النِّزاعُ من الأبِ، أمَّا لو ماتَ فادَّعَتْ وَرَثَتُهُ فلا خلافَ في كونِ الجَهازِ للبنت؛ لِما في "الولوالجيَّة"[3]: جَهَّزَ ابنتَهُ ثمَّ مات، فطَلَبَ بقيَّةُ الورثةِ القِسْمةَ فإنْ كان الأبُ اشترَى لها في صِغَرِها أو في كِبَرِها وسُلِّمَ لها في صِحَّتِهِ فهو لها خاصَّةً)) اهـ.

قلت: وفيه نظرٌ؛ لأنَّ كلام "الولوالجيَّة" في مِلكِ البنتِ له بالشِّراءِ لو صغيرةً وبالتَّسليمِ لو كبيرةً، ولا فَرْقَ فيه بين موتِ الأبِ وحياتِهِ، ويدلُّ عليه ما مَرَّ[4] من قولِ "المصنِّف" و"الشَّارح":

---

(١) في "د" زيادة: ((لأن الظَّاهر والغالب أنَّه تُجهَّزُ البناتُ على سبيل التمليك، وهو دليل الملك إلا في بلدةٍ جَرَتِ العادةُ بكون الجهاز عارية، فالقول للأب إن جرت العادة بدفع الكلِّ عارية)). ق١٦٥/ب.

(٢) في "د" زيادة: ((أقول جرت العادة في عرف الشام؛ بين أوساط الناس؛ أنهم قد يدفعون البعض عارية، وليست عادة مطَّردةً، وعليه فلا يُصدَّق الأب)). ق١٦٥/ب

(٣) لم نعثر عليها في نسخة "الولوالجية" التي بين أيدينا.

(٤) "در" صـ٥١٩ـ.

كما لو كان أكثرَ مما يُجهَّزُ به مثلُها.

(والأمُّ كالأبِ[1] في تجهيزِها) وكذا وليُّ الصَّغيرةِ، "شرح وهبانيَّة"..........

((ليس له الاستردادُ منها ولا لوَرَثتِهِ بعدَهُ))، وإنما الكلامُ في سماعِ دَعْوى العاريةِ بعدَ الشِّراءِ أو التَّسليمِ، والمعتمدُ البناءُ على العُرف كما علمتَ، ولا فَرْقَ في ذلك أيضاً بين موتِ الأبِ وحياتِهِ، فدَعْوى ورثتِهِ كدَعْواهُ، فتأمَّل[2].

[١٢٢٨٦] (قولُهُ: كما لو كان إلخ) والظَّاهرُ أنَّه إنْ أمكَنَ التَّمييزُ فيما زادَ على ما يُجهَّزُ به مثلُها كان القولُ قولَهُ فيه، وإلاَّ فالقولُ قولُهُ في الجميعِ، "رحمتي".

[١٢٢٨٧] (قولُهُ: والأمُّ كالأبِ) عَزاهُ "المصنِّف"[3] إلى "فتاوى قارئ الهداية"[4]، وكذا بَحَثَهُ "ابن وهبان" كما يأتي[5].

[١٢٢٨٨] (قولُهُ: وكذا وليُّ الصَّغيرةِ) ذكَرَهُ "ابن وهبان" في "شرح منظومتِهِ" بحثاً حيث قال: ((وينبغي أنْ يكونَ الحكمُ فيما تدَّعيه الأمُّ ووليُّ الصَّغيرةِ إذا زَوَّجَها كما مَرَّ؛ لجَرَيانِ العُرفِ في ذلك))، لكنْ قال "ابن الشِّحنة" في "شرحه"[6]: ((قلت: وفي الوليِّ عندي نظرٌ)) اهـ.

وتردَّدَ في "البحر"[7] في الأمِّ والجَدِّ وقال: ((إنَّ مسألةَ الجَدِّ صارَتْ واقعةَ الفتوى))، ولم يَجِدْ فيها نقلاً، وكتَبَ "الرَّمليُّ": ((أنَّ الذي يَظهَرُ ببادئِ الرأيِ أنَّ الأمَّ والجَدَّ كالأبِ إلخ)).

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: والأمُّ كالأب)) قال في "البحر": هي واقعة الفتوى، ولم أرَ فيها نقلاً، انتهى.

أقول: لكنَّها مذكورة في "فتاوى قارئ الهداية" جازماً أنَّها كالأب، كما نصَّ عليه المصنِّف، إلا أن تقوم دلالةٌ على أنَّهما يدفعان ملكاً لا عارية، انتهى)). ق١٦٥/ب.

(٢) من ((وإنما الكلام)) إلى ((فتأمل)) ساقط من "الأصل".

(٣) بل عزاه إلى قاضيخان في فتاواه. انظر المنح: كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام المهر ١/ق ١٢٨/أ.

(٤) "فتاوى قارئ الهداية": صـ٣٣ـ المسألة (٣٠).

(٥) في المقولة التالية.

(٦) لم نعثر عليها في مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد" التي بين أيدينا.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٠٠ بتصرف.

واستحسَنَ في "النَّهر" تبعاً لـ "قاضي خان": ((أنَّ الأبَ إنْ كان من الأشرافِ لم يُقبَلْ قولُهُ: إنَّه عاريَّةٌ)).

(ولو دفَعَتْ في تجهيزِها لابنتِها أشياءَ من أمتعةِ الأبِ بحضرتِهِ وعِلْمِهِ وكان ساكتاً، وزُفَّتْ إلى الزَّوجِ فليس للأبِ أنْ يَستردَّ ذلك من ابنتِهِ) لجريانِ العُرْفِ به (وكذا لو أنفقت الأمُّ في جَهازِها ما هو معتادٌ والأبُ ساكتٌ لا تَضمَنُ) الأمُّ[1]، وهما من المسائلِ..

[١٢٢٨٩] (قولُهُ: واستحسَنَ في "النَّهر"[2]) حيث قال: ((وقال الإمامُ "قاضي خان"[3]: وينبغي أنْ يُقالَ: إنْ كان الأبُ من الأشرافِ لم يُقبَلْ قولُهُ: إنَّه عاريةٌ، وإنْ كان ممن لا يُجهِّزُ البناتِ بمثلِ ذلك قُبِلَ قولُهُ. وهذا لَعَمْري من الحُسْنِ بمكان)) اهـ.

قلت: ولعلَّ وجهَ استحسانِهِ مع أنَّه لا يُغايِرُ القولَ المعتمدَ أنَّه تفصيلٌ له وبيانٌ لكونِ الاشتراكِ الذي قد يَقَعُ في بعضِ البلادِ إنما هو في غيرِ الأشرافِ.

[١٢٢٩٠] (قولُهُ: وعِلْمِهِ) عطفُ تفسيرٍ، فالمدارُ على العِلْمِ والسُّكوتِ بعدَهُ وإنْ كان غائباً.

[١٢٢٩١] (قولُهُ: وزُفَّتْ إلى الزَّوجِ) قيَّدَ به لأنَّ تمليكَ البالغةِ بالتَّسليمِ، وهو إنما يتحقَّقُ عادةً بالزِّفافِ؛ لأنَّه حينئذٍ يصيرُ الجَهازُ بيدِها، فافهم.

[١٢٢٩٢] (قولُهُ: ما هو معتادٌ) [٣/ق١٢٣/ب] مفهومُهُ أنَّه لو كان زائداً على المعتادِ لا يكونُ سكوتُهُ رضًا فتَضمَنُ، وهل تَضمَنُ الكلَّ أو قَدْرَ الزَّائدِ؟ محلُّ تردُّدٍ، وجزَمَ "ط"[4] بالثَّاني.

---

(١) ((الأم)) ليست في "د".

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/أ.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ـ فصل في حبس المرأة نفسها بالمهر ٣٩١/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٧/١.

السَّبعِ والثَّلاثين، بل الثَّمانِ والأربعين ـ على ما في "زواهر الجواهر" ـ التي السُّكوتُ فيها كالنُّطقِ.

(فرعٌ) لو زُفَّتْ إليه بلا جَهازٍ يَليقُ به[1] فله مطالبةُ الأبِ بالنَّقد، "قنية"[2]. زاد في "البحر" عن "المبتغى":..

[١٢٢٩٣] (قولُهُ: السَّبعِ والثَّلاثين) قال "ح"[3]: ((قدَّمناها في بابِ الوليِّ عن "الأشباه"[4])).

[١٢٢٩٤] (قولُهُ: على ما في "زواهرِ الجواهر"[5]) أي: "حاشيةِ الأشباهِ" للشَّيخ "صالح" ابنِ مُصنِّفِ "التَّنوير"، فإنَّه زادَ على ما في "الأشباهِ" ثلاثَ عشرةَ مسألةً ذكَرَها "الشَّارحُ" في كتاب الوقف، "ح"[6].

[١٢٢٩٥] (قولُهُ: يَليقُ بهِ) الضَّميرُ في عبارة "البحر"[7] عن "المبتغى" عائدٌ إلى ما بعَثَهُ الزَّوجُ إلى الأبِ من الدَّراهمِ والدَّنانيرِ، ثمَّ قال: ((والمعتبرُ ما يُتَّخَذُ للزَّوجِ لا ما يُتَّخَذُ لها)) اهـ.

(قولُهُ: الضَّميرُ في عبارة "البحر" عن "المُبْتغَى" عائدٌ إلخ) ليس في عبارة "البحر" ضميرٌ أصلاً وهي: ((قال في "المُبْتغَى": من زُفَّتْ إليه امرأتُهُ بلا جهَازٍ فله مُطالَبةُ الأبِ بِمَا بَعَثَ إليه من الدَّراهمِ والدَّنانيرِ، وإنْ كان الجهَازُ قليلاً فلَهُ المُطالَبةُ بما يَليقُ بالمَبعُوثِ)) اهـ. فالمناسبُ أن يقولَ: الضَّميرُ على ما في "البحر" عن "المُبْتغَى" إلخ، على أنَّه يَحتمِلُ أنْ يُرادَ بالمَبْعُوثِ الزَّوجُ أي: المَبْعُوثُ إليه.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لو زُفَّت إليه بلا جهاز يليق به إلخ، قال في "القاموس": زفَّ العروس إلى زوجها زفّاً وزِفافاً، ككتاب: هداها ـ أي: قدَّمها ـ والمِزَفَّة بالكسر: المِحفَّة تزفُّ فيها العروس)). ق١٦٥/ب.

(٢) "القنية": كتاب النكاح ـ باب فيما يتعلق بتجهيز البنات الأختان والعروس ق٣٨/ب بتصرف.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٦/ب.

(٤) "الأشباه والنظائر": النوع الثاني من القواعد ـ القاعدة الثانية عشرة: لا ينسب إلى ساكت قول ـ المسألة الثانية والثلاثون صـ١٨١ـ معزياً إلى "القنية".

(٥) مرت ترجمته ٣/٦١٩.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٦/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٠٠.

((إلاَّ إذا سكَتَ طويلاً فلا خصومةَ له))، لكنْ في "النَّهر" عن "البزَّازيَّة": ((الصَّحيحُ أنَّه لا يرجعُ على الأبِ بشيءٍ؛ لأنَّ المالَ في النِّكاحِ غيرُ مقصودٍ)).....

قلت: وهذا المبعوثُ يُسمَّى في عُرفِ الأعاجمِ بالدَّسْتِيمانِ كما يأتي[١].

[١٢٢٩٦] (قولُهُ: إلاَّ إذا سكَتَ طويلاً) قال "الشَّارح"[٢] في كتاب الوقف: ((ولو سكَتَ بعد الزِّفافِ زماناً يُعرَفُ بذلك رِضاهُ لم يكن له أنْ يُخاصِمَ بعد ذلك وإنْ لم يُتَّخَذْ له شيءٌ)) اهـ "ح"[٣]. وأشارَ بقولِهِ: ((يُعرَفُ)) إلى أنَّ المعتبَرَ في الطُّولِ والقِصَرِ العُرفُ.

[١٢٢٩٧] (قولُهُ: لكنْ في "النَّهر"[٤] إلخ) ومثلُهُ في "جامعِ الفصولين"[٥] و"لسانِ الحُكَّام"[٦] عن "فتاوى ظَهيرِ الدِّين المرغينانيِّ"، وبه أفتى في "الحامديَّة".

قلت: وفي "البزَّازيَّة"[٧] ما يُفيدُ التَّوفيقَ حيث قال: ((تَزَوَّجَها وأعطاها ثلاثةَ آلافِ دينارٍ الدَّستيمانَ وهي بنتُ مُوسِرٍ، ولم يُعْطِ لها الأبُ جَهازاً أفتى الإمامُ "جمالُ الدِّين" وصاحبُ "المحيط" بأنَّ له مُطالبةَ الجَهازِ من الأبِ على قَدْرِ العُرفِ والعادةِ، أو طلبُ الدَّستيمان))، قال: ((وهذا اختيارُ الأئمَّةِ، وقال الإمامُ "المرغينانيُّ": الصَّحيحُ أنَّه لا يَرجِعُ بشيءٍ؛ لأنَّ المالَ في النِّكاحِ غيرُ مقصودٍ، وكان بعضُ أئمَّةِ خوارزمَ يَعترِضُ بأنَّ الدَّسْتِيمانَ هو المهرُ المعجَّلُ كما ذكرَهُ في "الكافي"[٨] وغيرِهِ، فهو مُقابَلٌ بنفسِ المرأة، حتَّى مَلَكَتْ حَبْسَ نفسِها لاستيفائِهِ،

---

(١) المقولة [١٥٩٧٤] قوله: ((بلا جَهازٍ يليق به)).

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢٢٠٣٢] قوله: ((ولو سكت إلخ)).

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٧/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/أ.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل العشرون: في دعوى النكاح والمهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ١/٢٦٧.

(٦) "لسان الحكام في معرفة الأحكام" لأبي الوليد إبراهيم بن محمد بن محمد، برهان الدين المعروف بابن الشحنة الحلبي (ت ٨٨٢ هـ) ("كشف الظنون" ٢/١٥٤٩، و"هدية العارفين" ١/٢١).

(٧) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الرابع عشر: في دعواه والاختلاف بين الزوجين ٤/١٥٠ (هامش "الفتاوى الهندية"). وفيها: ((الدست بيمان)).

(٨) "كافي النسفي": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١١٥/آ.

....

فكيف يَملِكُ الزَّوجُ طلَبَ الجَهازِ والشَّيءُ لا يُقابِلُهُ عِوَضان؟!، وأجاب عنه "الفقيهِ" ناقلاً عن "الأستاذِ": أنَّ الدَّسْتِيمانَ إذا أُدرِجَ في العَقْدِ فهو المعجَّلُ الذي ذَكَرْتَهُ، وإنْ لم يُدرَجْ فيه و لم يُعقَدْ عليه فهو كالهِبَةِ بشرطِ العِوَضِ، وذلك ما قلناه، ولهذا قلنا: إنْ لم يَذكُره في العَقْدِ وزُفَّتْ إليه بلا جَهازٍ، وسَكَتَ الزَّوجُ أيّاماً لا يتمكَّنُ من دعوى الجَهازِ؛ لأنّه لَمَّا كان مُحتمَلاً وسكَتَ زماناً [٣/ق١٢٤/أ] يَصلُحُ للاختيارِ دَلَّ أنَّ الغَرَضَ لم يكن الجَهازَ)) اهـ ملخَّصاً.

٣٦٧/٢

وحاصلُهُ: أنَّ ذلك المعجَّلَ لا يَلزَمُ كونُهُ هو المهرَ المعجَّلَ دائماً كما يُوهِمُهُ كلامُ "الكافي" حتَّى يَرِدَ أنَّه مُقابَلٌ بنفسِها لا بجَهازِها، بل فيه تفصيلٌ، وهو أنَّه إنْ جُعِلَ مِن جملةِ المهرِ المعقودِ عليه فهو المهرُ المعجَّلُ، وهو مُقابَلٌ بنَفْسِ المرأةِ، وإلاَّ فهو مُقابَلٌ بالجَهازِ عادةً، حتَّى لو سكَتَ بعد الزِّفافِ و لم يَطلُبْ جَهازاً عُلِمَ أنَّه دَفَعَهُ تبرُّعاً بلا طَلَبِ عِوَضٍ، وهو في غايةِ الحُسْنِ، وبه يحصُلُ التَّوفيق، وا لله الموفِّقُ.

لكنَّ الظَّاهر جرَيانُ الخلافِ في صورةِ ما إذا كان معقوداً عليه؛ لأنَّه وإنْ ذُكِرَ على أنَّه مهرٌ لكنْ من المعلومِ عادةً أنَّ كثرتَهُ لأجلِ كثرةِ الجَهازِ، فهو في المعنى بدلٌ له أيضاً[1]، ولهذا كان مهرُ مَن لا جَهازَ لها أقلَّ من مهرِ ذاتِ الجَهازِ وإنْ كانَتْ أجملَ منها، ويجابُ بأنَّه لَمَّا صرَّحَ بكونِهِ مهراً ـ وهو ما يكونُ بدلَ البُّضْعِ الذي هو المقصودُ الأصليُّ من النِّكاحِ دون الجَهازِ ـ لم يُعتبَر المعنى، وسيأتي[2] في بابِ النَّفقةِ إن شاء ا لله تعالى مزيدُ بيان لهذه المسألةِ، وأنَّ هذا غيرُ معروفٍ في زمانِنا، بل كلُّ أحدٍ يَعلَمُ أنَّ الجَهازَ للمرأةِ، إذا طَلَّقَها تأخذُهُ كلَّهُ، وإذا ماتَتْ يُورَثُ عنها، وإنَّما يَزيدُ المهرَ طَمَعاً في تزيينِ بيتِهِ به وعَوْدِهِ إليه ولأولادِهِ إذا ماتَتْ، وهذه المسألةُ نظيرُ ما لو تَزَوَّجَها بأكثرَ من مهرِ المثل على أنَّها بِكْرٌ فإذا هي ثَيِّبٌ، فقد مرَّ[3] الخلافُ في لُزُومِ الزِّيادةِ

---

(١) ((فهو في المعنى بدل له أيضاً)) ساقط من "آ".

(٢) المقولة [١٥٩٧٨] قوله: ((فينبغي العمل بما مرّ)).

(٣) المقولة [١٢٠٨٥] قوله: ((ورجحهُ في "البزازية")).

(نكَحَ ذمِّيٌّ) أو مُستأمِنٌ (ذمِّيَّةً، أو حربيٌّ حربيَّةً ثَمَّـةَ بميتـةٍ أو بـلا مهـرٍ، بـأنْ سَكَتا عنه أو نَفَياه و) الحالُ أنَّ (ذا جائزٌ عندهم، فوُطِئَتْ أو طُلِّقَتْ قبله، أو مـات عنها فلا مهرَ لها)...

وعدمِهِ بناءً على الخلافِ في هذه المسألةِ، وقد مَرَّ[١] أنَّ المرجَّحَ اللُّزومُ، فلذا كـان المصحَّحُ هنـا عدمَ الرُّجوعِ بشيءٍ كما مَرَّ[٢] عن "المرغينانيِّ".

مطلبٌ في مهرِ الكفَّار

[١٢٢٩٨] (قولُهُ: نكَحَ ذِمِّيٌّ إلخ) لَمَّا فرَغَ من مُهُورِ المسلمين ذكَرَ مُهُورَ الكفَّار، ويأتي[٣] بيانُ أنكِحَتِهِم. وقولُهُ: ((أو مُستأمِنٌ)) يشيرُ إلى أنَّه لو عبَّرَ "المصنِّف" بالكافرِ لكـانَ أَولى؛ لأنَّ المستأمِنَ كالذِّمِّيِّ هنا، "نهر"[٤] عن "العناية"[٥].

[١٢٢٩٩] (قولُهُ: ثَمَّةَ) أي: في دارِ الحرب.

[١٢٣٠٠] (قولُهُ: بميتةٍ) المرادُ بها كلُّ ما ليس بمالٍ كالدَّمِ، "بحر"[٦].

[١٢٣٠١] (قولُهُ: وذا جائزٌ عندَهم) بأنْ كان لا يَلزَمُ عندَهم مهرُ المثلِ بالنَّفي وبما ليـس بمالٍ.

[١٢٣٠٢] (قولُهُ: قبلَهُ) أي: قبلَ الوطءِ.

[١٢٣٠٣] (قولُهُ: فلا مهرَ لها) هذا قولُهُ، وعندهما لها مهرُ المثل إذا دخَلَ بها أو ماتَ عنها،

---

(١) المقولة [١٢٠٨٥] قوله: ((ورجّحه في "البزازية")).

(٢) في هذه المقولة.

(٣) "در" صـ٦١٢ـ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/ب.

(٥) "العناية": كتاب النكاح ـ باب المهر ـ فصل: إذا تزوج النصراني نصرانية... ٢٥٩/٣ (هامش "فتح القدير").

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٠١/٣.

ولو أَسلَمَا أو ترافَعَا إلينا؛ لأنّا أُمِرْنا بترْكِهم وما يَدِينُون.

(وتثبُتُ) بقيَّةُ (أحكامِ النِّكاحِ في حقِّهم كالمسلمين من وجوبِ النَّفقةِ في النِّكاحِ ووقوعِ الطَّلاق ونحوِهما) كعِدَّةٍ،..........................

والمُتعةُ لو طَلَّقَها قبلَ الوطءِ، وقيل: في الميتةِ والسُّكوتِ روايتان، والأصحُّ أنَّ الكلَّ على الخلافِ، "هداية"[(١)]. لكنْ في "الفتح"[(٢)]: ((أنَّ ظاهرَ الرِّوايةِ وجوبُ [٣/ق١٢٤/ب] مهرِ المثلِ في السُّكوتِ عنه؛ لأنَّ النِّكاحَ مُعاوَضةٌ، فما لم يُنَصَّ على نفيِ العِوَضِ يكونُ مُستحَقّاً لها، وذِكْرُ الميتةِ كالسُّكوتِ؛ لأنَّها ليست مالاً عندهم، فذِكْرُها لغوٌ))، "نهر"[(٣)].

[١٢٣٠٤] (قولُهُ: ولو أَسْلَما إلخ) ((لو)) وَصْليَّةٌ، وعبارةُ "الفتح"[(٤)]: ((ولو أَسْلَما أو رفَعَ أحدُهما إلينا أو تَرافَعَا)) اهـ. ولم يَقُلْ: أو أسلَمَ أحدُهما لانفِهامِهِ بالأَولى.

[١٢٣٠٥] (قولُهُ: لأنّا أُمِرْنا بترْكِهم) أي: تَرْكَ إعراضٍ لا تقريرٍ، وقولُهُ: ((وما يَدِينُون)) الواوُ للعطفِ أو للمُصاحبةِ، فلا نَمنَعُهم عن شُربِ الخمرِ وأكلِ الخنزيرِ وبيعِهما، "ط"[(٥)] عن "أبي السُّعود"[(٦)].

[١٢٣٠٦] (قولُهُ: وتَثبُتُ بقيَّةُ أحكامِ النِّكاحِ) أي: إنِ اعتَقَداها أو تَرافَعَا إلينا، "ط"[(٧)].

[١٢٣٠٧] (قولُهُ: كعِدَّةٍ) أي: لو طَلَّقَها وأَمَرَها بلُزُومِ بيتِها إلى انقضاءِ عِدَّتِها ورُفِعَ الأمرُ

(قولُهُ: وقيل: في المَيْتَةِ والسُّكُوتِ روَايَتان) أي: عن "الإمام".

(قولُهُ: والأصحُّ أنَّ الكُلَّ على الخِلافِ إلخ) في غيرِ أهلِ الحَرْبِ، فإنْ نَفَى المَهْرَ باتِّفاقٍ فيهم اهـ. "سِنديٌّ" عن "العَيْنِيِّ".

---

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل: إذا تزوج النصراني نصرانية ٢١٤/١.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٦٠/٣-٢٦١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢٥٩/٣.

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٨/٢.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب المهر ٧١/٢.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٨/٢.

ونَسَبٍ، وخيارِ بلوغٍ، وتوارُثٍ بنكاحٍ صحيحٍ، وحرمةِ مطلَّقةٍ ثلاثاً ونكاحِ محارمَ.

(وإنْ نكَحَها بخمرٍ أو خنزيرٍ عَيْنٍ) أي: مُشارٍ إليه (ثمَّ أَسْلَمَا أو أسلَمَ أحدُهما قبلَ القبضِ فلها ذلك) فتُخلِّلُ الخمرَ وتُسيِّبُ الخنزيرَ،..................

إلينا حَكَمنا عليها بذلك، وكذا لو طَلَبَتْ نفقةَ العِدَّةِ أَلزَمناهُ بها، "رحمتي".

[١٢٣٠٨] (قولُهُ: ونَسَبٍ) أي: يَثبُتُ نَسَبُ ولدِهِ فيما يَثبُتُ به النَّسَبُ بيننا، "رحمتي".

[١٢٣٠٩] (قولُهُ: وخيارِ بُلوغٍ) أي: لصغيرٍ وصغيرةٍ إذا كان المُزوِّجُ غيرَ الأبِ والجَدِّ، "ط"[١].

[١٢٣١٠] (قولُهُ: وتَوارُثٍ بنكاحٍ صحيحٍ) هو ما يُقَرّانِ عليه إذا أَسلَما، بخلافِ نكاحِ مَحرَمٍ أو في عِدَّةِ مسلمٍ كما سيأتي[٢] في الفرائضِ.

[١٢٣١١] (قولُهُ: وحُرمةِ مُطلَّقةٍ ثلاثاً إلخ) فيُفرَّقُ بينهما ولو بمرافعةِ أُحدِهما، وأمَّا لو كانا مَحرَمين فلا يُفرَّقُ إلاَّ بمرافعتِهما كما سيأتي[٣] في نكاحِ الكافرِ.

[١٢٣١٢] (قولُهُ: قبلَ القبضِ) أمَّا بعدَهُ فليس لها إلاَّ ما قَبَضَتْهُ ولو كان غيرَ مُعيَّنٍ وقتَ العَقْدِ، "نهر"[٤].

[١٢٣١٣] (قولُهُ: فلها ذلك) هذا قولُ "الإمام"، وقال "الثَّاني": لها مهرُ المثلِ في المعيَّنِ وغيرِهِ، وقال "الثَّالثُ": لها القيمةُ فيهما، "نهر"[٥].

[١٢٣١٤] (قولُهُ: وتُسيِّبُ الخنزيرَ) كذا في "الفتح"[٦]، قال "الرَّحمتيُّ": ((والأَولى: فتَقتُلُ الخنزيرَ)).

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٢/٦٨.

(٢) المقولة [٣٧٥٠٠] قوله: ((وكل نكاح إلخ)).

(٣) المقولة [١٢٥٧٧] قوله: ((أو تزوّجها قبل زوج آخر إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٨٨/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٦٢.

ولو طَلَّقَها قبل الدُّخولِ فلها نصفُهُ (و) لها (في غيرِ عَيْنٍ قيمةُ الخمرِ ومهرُ المثلِ في الخنزيرِ) إذ أخذُ قيمةِ القيميِّ كأخذِ عينه........................

[١٢٣١٥] (قولُهُ: ولو طَلَّقَها إلخ) قال في "الفتح"(١): ((ولو طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ففي المعيَّنِ لها نصفُهُ عند "أبي حنيفة"، وفي غيرِ المعيَّنِ في الخمرِ لها نصفُ القيمةِ، وفي الخنزيرِ المُتعةُ، وعند "محمَّدٍ" لها نصفُ القيمةِ بكلِّ حالٍ؛ لأنَّه أَوجَبَ القيمةَ فتَتَنصَّفُ، وعند "أبي يوسف" ـ وهو المُوجِبُ لمهرِ المثلِ ـ لها المُتعةُ؛ لأنَّ مهرَ المثلِ لا يَتَنصَّفُ)) اهـ.

[١٢٣١٦] (قولُهُ: إذ أَخْذُ قيمةِ القِيْميِّ إلخ) بيانُهُ: أنَّ أخذَ المثلِ في المِثْليِّ أو القيمةِ في القِيْميِّ بمنزلةِ أخذِ العَينِ، والخمرُ مِثْليٌّ، فأَخْذُ قيمتِهِ ليس كأَخْذِ عَينِهِ بخلافِ القيمةِ في القِيْميِّ كالخنزيرِ، فلذا أَوجبنا فيه مهرَ المثلِ، وأُورِدَ ما لو شَرَى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ(٢) داراً بخنزيرٍ، فإنَّ لشفيعِها المسلمِ أَخْذَها [٣/ق١٢٥/أ] بقيمةِ الخنزيرِ، وأُجيبَ بأنَّ قيمةَ الخنزيرِ كعَينِهِ لو كانَتْ بدلاً عنه كمسألةِ النِّكاحِ، والقيمةُ في الشُّفعةِ بَدَلٌ عن الدَّارِ لا عن الخنزيرِ، وإنما صِيْرَ إليها للتَّقديرِ بها لا غيرِ. واعتُرِضَ بأنَّ القيمةَ في النِّكاحِ أيضاً بَدَلٌ عن الغيرِ وهو البُضْعُ، والمصيرُ إليها للتَّقديرِ، والجوابُ ما قالوا من أنَّه لو أتاها بقيمةِ الخنزيرِ قبلَ الإسلامِ أُجبِرَتْ على القَبُولِ؛ لأنَّ القيمةَ لها حكمُ العَينِ، فكانَتْ مِن مُوجَباتِ تلك التَّسميةِ، وبالإسلامِ تعذَّرَ أخذُ القيمةِ، فأَوجبنا ما ليس من مُوجَباتِها وهو مهرُ المثلِ، فهذا يدلُّ على أنَّ قيمةَ الخنزيرِ بَدَلٌ عنه في النِّكاحِ بمنزلةِ عَينِهِ، ولذا أُجبِرَتِ المرأةُ على قَبُولِها قبلَ الإسلامِ لا بعدَهُ بخلافِ مسألةِ الدَّارِ، ولو سُلِّمَ عدمُ الفَرْقِ فقد

٣٦٨/٢

(قولُهُ: والجوابُ ما قالُوا: من أنَّه لو أتاها إلخ) الأوضَحُ في الجوابِ أنْ يُقالَ: إنَّ منافِعَ البُضْعِ مُلِكتْ بالخِنْزيرِ، وبإسلامِهِما، أو أحَدِهِما انقلَبَ إلى لُزُومِ المالِ فلم يَجِبِ المالُ إلاَّ عِوَضاً عن الخِنْزيرِ فعَدَلْنا عنه إلى مهْرِ المِثْلِ اهـ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب المهر ٣/٢٦٣.

(٢) ((من ذمي)) ساقط من "الأصل".

(فروعٌ) الوطءُ في دارِ الإسلامِ لا يخلو عن حَدٍّ أو مهرٍ، إلاَّ في مسألتين:.....

يُجابُ بما مَرَّ[1] آخرَ الزَّكاةِ في باب العاشر من أنَّ جوازَ الأخذِ بالقيمةِ في الدَّارِ لضرورةِ حقِّ الشَّفيعِ، ولا ضرورةَ هنا لإمكانِ إيجابِ مهرِ المثل.

[١٢٣١٧] (قولُهُ: الوطءُ في دارِ الإسلامِ) أي: إذا كان بغيرِ مِلكِ اليمين، واحترَزَ عن الوطءِ في دارِ الحرب، فإنَّه لا حَدَّ فيه، وأمَّا المهرُ فلم أَرَهُ.

[١٢٣١٨] (قولُهُ: إلاَّ في مسألتين) كذا في "الأشباه"[2] من النِّكاح، وفيها[3] من أحكامِ غَيْبوبة الحَشَفَةِ: ((أنَّ المستثنى ثمانِ مسائلَ))، فزادَ على ما هنا: ((الذِّمِّيَّةُ إذا نُكِحَتْ بغيرِ مهرٍ ثمَّ أَسلَما وكانوا يَدِينُون أنْ لا مهرَ فلا مهرَ، والسَّيِّدُ إذا زَوَّجَ أَمَتَهُ من عبدِهِ فالأصحُّ أنْ لا مهرَ، والعبدُ إذا وَطِئَ سيِّدَتَهُ بشُبهةٍ فلا مهرَ أخذاً من قولهم فيما قبلَها: إنَّ المولى لا يَستوجِبُ على عبدِهِ دَيْناً، وكذا لو وَطِئَ حربيَّةً، أو وَطِئَ الجاريةَ الموقوفةَ عليه، أو وَطِئَ المرهونةَ بإذنِ الرَّاهنِ ظانّاً الحِلَّ))، قال: ((ينبغي أنْ لا مهرَ في الثَّلاثةِ الأخيرة، ولم أَرَهُ الآن)) اهـ.

ونقَلَ "ح"[4] عن حدود "البحر"[5] في نوعِ ما لا حَدَّ فيه لشُبهةِ المحلِّ: ((أنَّ من هذا النَّوعِ وطءَ المَبيعةِ فاسداً قبلَ القبضِ لا حَدَّ فيه لبقاءِ المِلكِ، أو بعدَهُ لأنَّ له حقَّ الفسخِ، فله حقُّ الملكِ فيها، وكذا المَبيعةُ بشرطِ الخيار للبائعِ لبقاءِ مِلكِهِ، أو للمُشتري لأنَّها لم تَخرُج

(قولُهُ: وكذا لو وَطِئَ حَرْبيَّةً إلخ) في "شرح الأشباه": ((قيل: لَمْ يُبَيِّنِ الوَطْءَ هل هو بشُبْهةٍ أَوْ لا، بعَقْدٍ في دارِ الحَرْبِ أو دارِ الإسلامِ، والظَّاهرُ: أنَّه في دارِ الحَرْبِ)) اهـ. وحاصلُهُ: إنْ وَطِئَ المُسْلِمُ حَرْبيَّةً سواءٌ كان بشُبْهَةٍ، أو عَقْدٍ في دارِ الحَرْبِ لا مَهْرَ؛ لأنَّ دارَهُم تَمنَعُ مِن جَرَيانِ الأَحكامِ ولو في دار الإسلامِ والوَاطِئُ كافِرٌ فكذلك، وإنْ كان مُسْلِماً فعليه المَهْرُ إلخ.

---

(١) المقولة [٨٣٠٠] قوله: ((بخلاف الشفعة إلخ)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني ـ كتاب النكاح صـ٢٠٦ـ.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث ـ أحكام غيبوبة الحشفة صـ٣٩٨ـ بتصرف.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٧/أ.

(٥) "البحر": كتاب الحدود ـ باب الوطء الذي يوجب الحدَّ والذي لا يوجبه ١٢/٥.

صبيٌّ نكَحَ بلا إذنٍ[١] وطاوَعَتْهُ،...

عن مِلكِهِ بالكلِّيَّةِ)) اهـ.

قال "ح"[٢]: ((وهل لا مهرَ في هذه الأربعِ؟ إطلاقُ "الشَّارح" يُشعِرُ بذلك، فليُراجَع)).

قلت: أمَّا الأُولى فداخلةٌ [٣/ق١٢٥/ب] في مسألةِ بيعِ الأَمَةِ قبلَ التَّسليمِ فلا مهرَ، ومثلُها المَبيعةُ بخيارٍ للبائع؛ لأنَّ وطئَها يكونُ فسخاً للبيع، أمَّا المَبيعةُ فاسداً بعدَ القبض فينبغي لُـزُومُ المهرِ لوقوع الوطءِ في مِلكِ غيرِهِ، وكذا المَبيعةُ بخيارٍ للمشتري إنْ أَمضَى البيعَ، فافهم.

[١٢٣١٩] (قولُهُ: صبيٌّ نكَحَ إلخ) في "الخانيَّة"[٣]: ((المراهقُ إذا تَزوَّجَ بلا إذنِ وليِّهِ امـرأةً ودخَلَ بها، فرَدَّ أبوه نكاحَها قالوا: لا يجبُ على الصَّبيِّ حَدٌّ ولا عُقرٌ، أمَّا الحَدُّ فلمكانِ الصِّبا، وأمَّا العُقرُ فلأنَّها إنما زَوَّجَتْ نفسَها منه مع علمِها أنَّ نكاحَهُ لا يَنفُذُ، فقد رَضِيَتْ بِبُطلانِ حقِّها)) اهـ.

وكذا لو زَنَى بثيِّبٍ وهي نائمةٌ فلا حَدَّ عليه ولا عُقرَ، أو بِبِكْرٍ بالغةٍ دَعَتْهُ إلى نفسِها وأزالَ عُذرتَها، وعليه المهرُ لو مُكرَهةً أو صغيرةً أو أَمَةً ولو بأَمْرِها؛ لعدمِ صحَّةِ أَمْرِ الصَّغيرةِ في إسقاطِ حقِّها وأَمْرِ الأَمَةِ في إسقاطِ حقِّ المولى، ولا مهرَ عليه بإقراره بالزِّنا. اهـ "هنديَّة"[٤] ملخَّصاً.

(قولُهُ: إطلاقُ "الشَّارحِ" يُشْعِرُ بذلك إلخ) ليس في عبارةِ "شارحِنا" ما يُفيدُ عدَمَ المَهْرِ في هذه الأَرْبَعِ كلِّها بل بَعْضِها.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: صبيٌّ نكح بلا إذن إلخ، في "الفتاوى الظهيرية": من القسم السابع من فصل المهر: صبيٌّ أو مجنونٌ جامع امرأة ثيباً وهي نائمة فلا مهر، ولو كانت بكراً فافتضَّها فعليه مهرُ مثلِها، انتهى. ومعلوم أنْ لا حدَّ لعدم التكليف، فتزاد هذه على المستثنيات. "حموي")). ق١٦٦/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب المهر ق١٦٧/أ.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في شرائط النكاح ١/٣٤٢ـ٣٤٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الفصل الثالث عشر: في تكرار المهر ١/٣٢٥.

وبائعِ أمتَهُ[1] قبل تسليمٍ[2]، ويسقطُ من الثَّمَنِ ما قابَلَ البكـارةَ، وإلاَّ فـلا. تدافَعَـتْ جاريةٌ مع أخرى، فأزالَتْ بكارتَها لَزِمَها[3] مهرُ المثلِ........................

[١٢٣٢٠] (قولُهُ: وبائعِ أَمَتَهُ) أي: إذا وَطِئَها قبل التَّسليمِ إلى المشتري لا حَدَّ عليه ولا مهـرَ؛ لأنَّه من شُبهةِ المحلِّ؛ لكونِها في ضمانِهِ ويدِهِ؛ إذ لو هَلَكَتْ عادَتْ إلى مِلكِهِ، والخراجُ بالضَّمـان، فلو وجَبَ عليه المهرُ استَحَقَّهُ[4].

[١٢٣٢١] (قولُهُ: ويَسقُطُ) أي: عن المشتري، ويَثبُتُ له الخِيارُ كمـا لـو أتلَفَ جزءاً منهـا، "ولوالجيَّة"[5].

[١٢٣٢٢] (قولُهُ: وإلاَّ فلا) أي: وإنْ لم تكن بكارةٌ فلا يَسقُطُ شـيءٌ، ولا خيـارَ لـه أيضـاً، ورُوِيَ عن "الإمام" أنَّ له الخِيارَ، "ولوالجيَّة"[6].

[١٢٣٢٣] (قولُهُ: تَدافَعَتْ جاريةٌ إلخ) تقدَّمَ[7] الكلامُ عليها أوَّلَ الباب.

---

(١) في "و": ((أمة)).

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: بائع أمته قبل التسليم إلخ، في "الولوالجية" من الفصل الرابع ـ الجزء الثالث بعد كـلام: وإنْ كان البائعُ هو الذي وطئها وهي بكر أو ثيِّب، فإنَّ على قول الإمام لا يغرم العقر، ولكن إذا كانت بكراً فنقصهـا الوطءُ تسقط حصَّة البكارة عن المشتري من الثمن، وكان له الخيار فيما بقي بمنزلة ما لو أتلـف جـزءاً منهـا، وإن كانت ثيِّباً لم يسقط شيءٌ من الثمن عن المشتري ولا خيار له، ورُوِيَ عن الإمام أنَّه له الخيار، انتهى.

أقول: لم يتعرض في "الولوالجية" لسقوط الحدِّ، وإنَّما تعرَّضَ لسقوط المهر، ولا يلزم من سـقوطِهِ سـقوطُ الحـدِّ، وإنَّما سقط لشبهة المحل؛ لأنَّ المبيع قبل التسليم من ضمان البائع، ويعـود إلى ملكه بـالهلاك قبـل التسـليم، وكـأنَّ الولوالجيَّ لم ينبِّه على سقوط الحدِّ لظهوره. حموي)). ق١٦٦/أ.

(٣) في "ب": ((لزمه)).

(٤) في هامش "م":((قوله: (فلو وجب عليه المهر استحقَّه) أي: لأنَّ المهر يصير من الزوائد المنفصلة، وهي مملوكة لمن يدُهُ يدُ ضمان، فكأنَّنا أوجبنا المهرَ عليه لنفسه)).

(٥) "الولوالجية": كتاب البيوع ـ الفصل الرابع فيما يجبر البائع على تسليم المبيع ٣/ق ١٧٢/ب.

(٦) "الولوالجية": كتاب البيوع ـ الفصل الرابع فيما يجبر البائع على تسليم المبيع ٣/ق ١٧٢/ب.

(٧) المقولة [١١٨٩٨] قوله: (("نهر" بحثاً)).

لأبي الصَّغيرةِ المطالبةُ بالمهرِ، وللزَّوجِ المطالبةُ بتسليمِها إنْ تحمَّلَتِ الرَّجُلَ،.........

مطلبٌ: لأبي الصَّغيرةِ المطالبةُ بالمهر

[١٢٣٢٤] (قولُهُ: لأبي الصَّغيرةِ المُطالَبةُ بالمهرِ) ولو كان الزَّوجُ لا يَستمتِعُ بها كما في "الهنديَّة"[١] عن "التَّجنيس"، والصَّغيرةُ غيرُ قيدٍ، ففي "الهنديَّة"[٢]: ((للأبِ والجَدِّ والقاضي قَبْضُ صَداقِ البِكْرِ صغيرةً كانت أو كبيرةً، إلاَّ إذا نَهَتْهُ وهي بالغةٌ صَحَّ النَّهيُ، وليس لغيرِهم ذلك، والوصيُّ يَملِكُ ذلك على الصَّغيرةِ، والثَّيِّبُ البالغةُ حقُّ القبضِ لها دون غيرِها)) اهـ.

وشَمِلَ قولُهُ: ((وليس لغيرِهم)) الأمَّ، فليس لها القبضُ إلاَّ إذا كانَتْ وصيَّةً، وحينئذٍ فتُطالِبُ الأمَّ إذا بَلَغَتْ دون الزَّوجِ كما أفادَهُ في "الهنديَّة"[٣]، "ط"[٤].

قلت: أي: تُطالِبُ الأمَّ إذا ثبتَ القَبْضُ بغيرِ إقرارِ الأمِّ؛ لِما في "البزَّازيَّة"[٥] وغيرِها: ((أدرَكَتْ وطلَبَت المهرَ من الزَّوجِ، فادَّعى الزَّوجُ أنَّه دَفَعَهُ إلى الأبِ في [٣/ق١٢٦/أ] صِغَرِها وأَقَرَّ الأبُ به لا يصحُّ إقرارُهُ عليها؛ لأنَّه لا يَملِكُ القبضَ في هذه الحالةِ، فلا يَملِكُ الإقرارَ به، وتأخذُ

(قولُهُ: ففي "الهِنْدِيَّةِ": للأبِ والجَدِّ والقاضي قبضُ صَدَاقِ البِكْرِ إلخ) فيه أنَّ ما في "الهِنْدِيَّةِ" إنَّما أفادَ أنَّ للأبِ القَبْضَ، ولا يُفيدُ أنَّ له المُطَالَبةَ، فالأَوْلى الاستِدْلالُ بما في "البحر" عن "الذَّخيرة": ((لِلأبِ المُخَاصَمةُ مع الزَّوجِ في مهْرِ البِكْرِ البَالِغَةِ، كما له أنْ يَقْبَضَهُ)) اهـ.

---

(١) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١ وفيه: ((البنت البالغة)) بدل ((الثيب البالغة)).

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الفصل الحادي عشر: في منع المرأة نفسها بمهرها والتأجيل في المهر وما يتعلق بهما ٣١٩/١.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب المهر ٦٩/٢.

(٥) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن: في نكاح الصغار ١٢٤/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

....

من الزَّوجِ، ولا يَرجِعُ على الأبِ؛ لأنَّه أَقَرَّ بقَبْضِ الأبِ في وقتٍ له وَلايةُ قبضِهِ، إلاَّ إذا كان قال عند الأخذِ: أبرأْتُكَ مِن مهرِها، ثمَّ أنكَرَت البنتُ له الرُّجوع هنا على الأبِ)) اهـ.

وفيها[1]: ((قبَضَ الوليُّ المهرَ، ثمَّ ادَّعَى الرَّدَّ على الزَّوجِ لا يُصدَّقُ إذا كانت بِكْراً؛ لأنَّه يَلِي القَبْضَ لا الرَّدَّ، ولو ثَيِّباً يُصدَّقُ؛ لأنَّه أمينٌ ادَّعَى رَدَّ الأمانةِ)) اهـ.

وفيها[2]: ((قبَضَ الأبُ مهرَها وهي بالغةٌ أَوْ لا وجهَّزَها، أو قبَضَ مكانَ المهرِ عَيناً ليس

(قولُهُ: ولا يَرْجِعُ على الأَبِ إلخ) أي فيما إذا هَلَكَ في يدِهِ، وإلاَّ فلَهُ الرُّجُوعُ عليه بهِ؛ فقد ذَكَرَ في "التَّنوير" من الوَكَالَة: ((ادَّعى أنَّه وكيلُ الغائبِ بقَبْضِ دَيْنِه فصَدَّقَهُ الغَريمُ أُمِرَ بدَفْعِهِ، فإنْ حَضَرَ الغائِبُ فصَدَّقَهُ فيها وإلاَّ أُمِرَ بدَفْعِ الدَّيْنِ إليه ثانياً، ورَجَعَ به على الوكيلِ إنْ باقياً في يدِهِ ولو حُكْماً بأن استَهْلَكَهُ، وإنْ ضاعَ لا إلاَّ إذا كان ضَمِنَهُ عند الدَّفْعِ بقَدْرِ ما يَأْخُذُهُ الدَّائِنُ ثانياً لا مَا أخذَهُ الوكيلُ؛ لأنَّه أمانةٌ لا تَجوزُ بها الكَفَالَةُ، أو قال له: قبَضْتُ مِنكَ على أنِّي أبْرَأْتُكَ من الدَّين فهو كما قال الأَبُ لِلخَتَنِ عند أَخْذِ مهْرِ ابنَتِهِ: آخُذُ منكَ على أنِّي قد أبْرَأْتُكَ من مهْرِ ابنَتِي، فإنْ أخذَتْهُ البِنْتُ ثانياً رَجَعَ الخَتَنُ على الأبِ فكذا هذا "بزازية")) اهـ. وفي "قُرَّةِ عُيُونِ الأَخيَارِ" ما نَصُّه: ((كأنَّ وَجْهَهُ: أنَّ كُلاًّ من القابضِ والدَّافِعِ مُتصادِقَانِ على الوَكالَةِ عن الدَّائنِ، وقولُ القابضِ: قَبَضْتُ مِنْكَ على أنِّي أبْرَأْتُكَ يَحْتَمِلُ أنْ يُريدَ بَرَاءةَ الاستيفاء، أو بَرَاءةَ الإسقاطِ، فإنْ كانت بَرَاءةَ الإسقاطِ فقد جعَلَها في مُقابَلَةِ ما قَبَضَهُ، وإنْ كانت بَرَاءةَ الاستيفاء فكأنَّهُ اعترَفَ بأنَّه استَوْفى ما عليه من الدَّين، فإذا رَجَعَ الدَّائِنُ بدَيْنِه يَرْجِعُ عليه بِمَا قَبَضَهُ في مُقَابلَةِ الإسقاطِ؛ لأنَّه بمنزلة البَيْعِ فقد التَزَمَ له السَّلامَةَ بأخْذِ البَدَلِ، وكذلك في بَرَاءةِ الاستيفاء؛ لأنَّه حيثُ أخَذَ منه تَبَيَّنَ بُطْلانُ استيفائِهِ فيَرْجِعُ عليه بِمَا استَوْفى، وهو مُشْكِلٌ لأنَّ في زَعْمِهِما أنَّ المُسْتَوفِي ثانياً ظالمٌ باستيفائِهِ، وأنَّه قد بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَدْيُونِ بقَبْضِ الوَكيلِ، وأنَّ الوكيلَ أمينٌ فيما قَبَضَ فما وَجْهُ الرُّجُوعِ عليه في مِثْلِ هذه الصُّورةِ، وكذا مسألةُ الخَتَنِ إلخ)).

(قولُهُ: وفيها قَبَضَ الأبُ مَهْرَها إلخ) هذا ظاهرٌ في البِكْرِ البالِغَةِ اهـ.

---

(١) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن: في نكاح الصغار ٤/١٢٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن: في نكاح الصغار ٤/١٢٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

قال "البزَّازيُّ": ((ولا يُعتبَرُ السِّنُّ، فلو تسلَّمَها فهرَبَتْ لم يلزمْهُ طلبُها)). خدَعَ[1] امرأةً وأخذَها حُبِسَ إلى أنْ يأتيَ بها أو يُعلَمَ موتُها. المهرُ مهرُ السِّرِّ، وقيل: العلانيةِ........

لها أنْ لا تُجيزَ[2]؛ لأنَّ وَلايةَ قبضِ المهرِ إلى الآباءِ، وكذا التَّصرُّفُ فيه)) اهـ.

لكنْ في "الهنديَّة"[3]: ((لو قبضَ بمهرِ البالغةِ ضَيْعةً فلم تَرْضَ إنْ جَرَى التَّعارُفُ بذلك جازَ له، وإلاَّ فلا ولو بِكْراً))، وتمامُ مسائلِ قبضِ المهرِ في "البحر"[4] و"النَّهر"[5] أوَّلَ باب الأولياء.

/٣٦٩

[١٢٣٢٥] (قولُهُ: قال "البزَّازيُّ"[6] إلخ) عبارتُهُ: ((ولا يُجبَرُ الأبُ على دَفْعِ الصَّغيرةِ إلى الزَّوجِ، ولكنْ يُجبَرُ الزَّوجُ على إيفاءِ المعجَّلِ، فإنْ زعَمَ الزَّوجُ أنَّها تتحمَّلُ الرِّجالَ وأنكَرَ الأبُ فالقاضي يُريها النِّساءَ، ولا يُعتبَرُ السِّنُّ)) اهـ.

قلت: بل في "التَّتارخانيَّة"[7]: ((البالغةُ إذا كانَتْ لا تتحمَّلُ لا يُؤمَرُ بدَفْعِها إلى الزَّوجِ)).

مطلبٌ في مهرِ السِّرِّ ومهرِ العَلانيةِ

[١٢٣٢٦] (قولُهُ: المهرُ مهرُ السِّرِّ إلخ) المسألةُ على وجهين:

---

(١) في "د" زيادة: ((الخَدْع، قال في "القاموس": وأخدعه: أوثقه إلى الشيء، وحمله على المخادعة. وكمُعظَّم: المجرَّب، وقد خُدِع مراراً. وانخدع: رضي بالخَدْع. والمخادعة في الآية الكريمة [سورة البقرة/٩]: إظهارُ غيرِ ما في النَّفس، وذلك أنَّهم أبطنوا الكفر وأظهروا الإيمان. اهـ)). ق١٦٦/أ.

(٢) في "ب":((تجير)) بالراء، وهو خطأ.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب السابع في المهر ـ الفصل الحادي عشر في منع المرأة نفسها بمهرها ٣١٩/١ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء والأكفاء ١١٨/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب الأولياء ق١٦٩/أ.

(٦) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر في المهر ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في نكاح الصغار والصغائر وتسليمهن إلى الأزواج وتصرف الأولياء في المهر ٣٥/٣ معزياً إلى "المحيط".

....

الأوَّلُ: تَواضَعَا في السِّرِّ على مهرٍ، ثمَّ تَعاقَدَا في العَلانيةِ بأكثرَ والجنسُ واحدٌ، فإن اتَّفقَا على المُواضعةِ فالمهرُ مهرُ السِّرِّ، وإلاَّ فالمسمَّى في العَقْدِ ما لم يُبَرهِنِ الزَّوجُ على أنَّ الزِّيادةَ سُمعةٌ، وإن اختلَفَ الجنسُ فإنْ لم يَتَّفقا على المُواضَعَةِ فالمهرُ هو المسمَّى في العَقْدِ، وإن اتَّفقَا عليها انعقَدَ بمهرِ المثلِ، وإنْ تَواضَعَا في السِّرِّ[1] على أنَّ المهرَ دنانيرُ، ثمَّ تَعاقَدَا في العَلانيةِ على أنْ لا مهرَ لها فالمهرُ ما في السِّرِّ من الدَّنانيرِ؛ لأنَّه لم يوجد ما يُوجِبُ الإعراضَ عنها، وإنْ تَعاقَدَا على أنْ لا تكونَ الدَّنانيرُ مهراً لها، أو سَكَتا في العَلانيةِ عن المهرِ انعقَدَ بمهرِ المثلِ.

الوجهُ الثَّاني: أنْ يَتعاقَدا في السِّرِّ على مهرٍ، ثمَّ أَقرَّا في العَلانيةِ بأكثرَ، فإنْ اتَّفقَا أو أَشهَدَ أنَّ الزِّيادةَ سُمعةٌ فالمهرُ ما ذُكِرَ عند العَقْدِ في السِّرِّ، وإنْ لم يُشهِدْ فعندهما المهرُ هو الأوَّلُ، وعنده هو "الثَّاني"، ويكونُ جميعُهُ زيادةً[2] على الأوَّلِ لو مِن خلافِ جنسِهِ، [٣/ق١٢٦/ب] وإلاَّ فالزِّيادةُ بقَدْرِ ما زادَ على الأوَّلِ. اهـ ملخَّصاً من "الذَّخيرة".

والحاصلُ في الوجهِ الأوَّلِ أنَّ العَقْدَ إنما جرَى في العَلانيةِ فقط، وفي الوجهِ الثَّاني بالعكسِ، أو جرَى مرَّتين: مرَّةً في السِّرِّ ومرَّةً في العَلانيةِ كما قدَّمناه[3] مبسوطاً عن "الفتح" عند قول "المصنِّف":

(قولُهُ: وإن اتَّفقَا عليها انْعَقَدَ إلخ) يُنظَرُ الفَرْقُ بين هذه المسألةِ؛ حيثُ انعَقَدَ فيها بمَهْرِ المِثْلِ، وبين المسائلِ بعْدَها؛ حيثُ ثَبَتَ ما في السِّرِّ في الأُوْلَى منها، ومَهْرُ المِثْلِ في الثَّانيةِ والثَّالثةِ أعني: ما إذا تعاقَدَا على أنْ لا تكونَ الدَّنانيرُ مهْراً لها أو سَكَتَا في العلانيَّةِ عن المَهْرِ، والله أعلمُ.

---

(١) من ((على مهر)) إلى ((في السر)) ساقط من "آ".

(٢) في هامش "آ":((قوله:(ويكونُ جميعُهُ زيادةً إلخ) أي: لو عقَدَ في السرِّ على مائةِ درهمٍ وفي العلانيةِ على مائةِ دينارٍ يجبُ المهران جميعاً، ويكونُ الثاني زيادةً على الأوَّلِ، ولو عَقَدَا على مائةِ درهمٍ ثمَّ في العلانيةِ على مائتي درهمٍ يجبُ المهرُ الثاني فقط، وتكونُ المائةُ زيادةً على المهرِ الأوَّلِ فقط؛ لاختلافِ الجنسِ في الأُولى واتِّحاده في الثانيةِ، وما قدَّمناه عن "الفتح" من الاختلافِ في أنَّه يلزمُ المهران أو المهرُ الثاني يمكنُ حملُه على هذا التَّفصيلِ، فتندفعُ المخالفةُ، والله تعالى أعلم، منه)).

(٣) "در" صـ٣٨١ـ وما بعدها.

المؤجَّلُ إلى الطَّلاقِ يتعجَّلُ بالرَّجعيِّ، ولا يتأجَّلُ بمراجعتِها، ولو وَهَبَتْهُ المهرَ على أنْ يتزوَّجَها فأبى فالمهرُ باقٍ نَكَحَها أوْ لا، ولو وَهَبَتْهُ لأحدٍ ووكَّلَتْهُ بقبضِهِ صَحَّ، ولو أحالَتْ به إنساناً ثمَّ وَهَبَتْهُ للزَّوجِ..

((وما فُرِضَ بعد العَقْدِ أو زِيْدَ لا يَتَنصَّفُ))، وفيه نوعُ مخالفةٍ لِما هنا يمكنُ دَفْعُها بإمعانِ النَّظر.

[١٢٣٢٧] (قولُهُ: المؤجَّلُ إلى الطَّلاقِ) احترازٌ عن المهرِ المؤجَّلِ إلى مدَّةٍ معلومةٍ، فإنَّه يبقى إلى أجلِهِ بعدَ الطَّلاقِ، وقولُهُ: ((يَتعجَّلُ بالرَّجعيِّ))، أي: مطلقاً أو إلى انقضاءِ العِدَّةِ كما هو قولُ عامَّة المشايخ، وعلى الأوَّلِ لا يتأجَّلُ لو راجَعَها، وليس الرَّجعيُّ بقيدٍ، بل البائنُ مثلُهُ بالأَولى، وقدَّمنا[1] تمامَ الكلامِ على ذلك عند قولِهِ: ((ولها مَنْعُهُ من الوطءِ إلخ)).

[١٢٣٢٨] (قولُهُ: ولو وَهَبَتْهُ المهرَ إلخ)[2] أي: لو قال لمُطلَّقتِهِ: لا أَتزوَّجُكِ حتَّى تَهَبِيني ما لكِ عليَّ من مهرِكِ، ففعَلَتْ على أنْ يَتزوَّجَها فأبَى فالمهرُ عليه تَزَوَّجَ أم لا[3]، "بزَّازيَّة"[4]. وقولُهُ: ((فأَبَى)) أي: قال: لا أَتزوَّجُكِ، فيكونُ رَدّاً للهِبَةِ، فلذا بقيَ المهرُ عليه وإنْ تزوَّجَها بعدَ الإباءِ.

[١٢٣٢٩] (قولُهُ: ولو وَهَبَتْهُ لأحدٍ) أي: غيرِ الزَّوجِ؛ لأنَّ هِبَةَ الدَّينِ لِمَن عليه الدَّينُ تصحُّ مطلقاً، أمَّا هِبَتُهُ[5] لغيرِهِ فلا تصحُّ ما لم يُسلِّطْهُ على قبضِهِ، فيصيرُ كأنَّه وَهَبَهُ حين قَبْضِهِ، ولا يصحُّ إلاَّ بقَبْضِهِ كما في "جامع الفصولين"[6].

---

(١) المقولة [١٢١٩٠] قوله: ((ولها منعه إلخ)) وما بعدها.

(٢) في "د" زيادة: ((صورتها كما في "الخلاصة")) ق١٦٦/أ.

(٣) في "د" زيادة: ((انتهى. مدني)). ق١٦٦/أ.

(٤)"البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل الثاني عشر: في المهر، الجنس الأول: في الاختلاف ١٣٢/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في "ب":((هبة))، وهو خطأ.

(٦) "جامع الفصولين": الفصل العشرون في دعوى النكاح ودعوى المهر والنفقة ودعوى الجهاز وما يتعلق به ٢٦١/١.

لم تصحَّ[١]، وهذه حيلةُ مَن يريدُ أنْ يهَبَ، ولا تصحُّ.

[١٢٣٣٠] (قولُهُ: لم تصحَّ) أي: الهِبةُ.

[١٢٣٣١] (قولُهُ: وهذه حِيلةُ إلخ) أفادَ أنَّها غيرُ قاصرةٍ على المهرِ، و[٢] فيها بُعْدٌ؛ لاشتراطِ رِضا المديونِ بالحوالةِ، فإذا كان طالباً للهِبَةِ لا يَرضَى بالحوالةِ، إلاَّ أنْ يُصوَّرَ فيمَن يَجهَلُ أنَّ الحَوالةَ تَمنَعُ من صحَّةِ الهِبةِ، وأجابَ "الشَّارحُ" في مسائلَ شتَّى آخرَ الكتابِ: ((بأنَّه يَتمكَّنُ المُحالُ مِن مُطالبةِ المديونِ برَفْعِهِ إلى مَن لا يَشترِطُ قبولَهُ))، أي: كمالكيِّ المذهبِ، تأمَّل.

ومن الحِيَلِ شراءُ شيءٍ مَلفُوفٍ من زَوْجِها بالمهرِ قبلَ الهِبَةِ، أي: ثمَّ تَرُدَّهُ بعدها بخيارِ رؤيةٍ، أو يُصالِحَها إنسانٌ عن المهرِ بشيءٍ مَلفُوفٍ قبلَ الهِبَةِ كما في "البحر"[٣] عن "القنية"[٤]، والأخيرةُ أحسنُ، والله تعالى أعلم.

---

(١) في "د" و"و": ((لم يصح)).

(٢) الواو ساقطة من "ب".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب المهر ١٦١/٣ بتوضيح من ابن عابدين.

(٤) "القنية": كتاب المداينات ـ باب ما يتعلق بالأجل ... ق١٦٣/أ.

﴿بابُ نكاحِ الرَّقيق﴾

هو المملوكُ.......................................

﴿بابُ نكاح الرَّقيق﴾

لَمَّا فرَغَ من نكاحِ مَن له أهليَّةُ النِّكاح من المسلمين شرَعَ في بيانِ مَن ليس له ذلك وهو الرَّقيقُ، وقدَّمَهُ على الكافر لأنَّ الإسلام غالبٌ [٣/ق١٢٧/أ] فيهم، "نهر"[١].

[١٢٣٣٢] (قولُهُ: هو المملوكُ) في "الصَّحاح"[٢]: ((الرَّقيقُ: المملوكُ، يُطلَقُ على الواحدِ والجمعِ))، قال في "البحر"[٣]: ((والمرادُ هنا المملوكُ من الآدميِّ؛ لأنَّهم قالوا: إنَّ الكافر إذا أُسِرَ في دارِ الحرب فهو رقيقٌ لا مملوكٌ، وإذا أُخرِجَ فهو مملوكٌ أيضاً، فعلى هذا فكلُّ مملوكٍ من الآدميِّ رقيقٌ لا عكسُهُ)) اهـ.

وعليه فالمرادُ بالرَّقيق هنا الرَّقيقُ المُحرَزُ بدارنا، فالأَمَةُ إذا أُسِرَتْ و لم تُخرَجْ إلى دارِنا لو تَزَوَّجَتْ لا يتوقَّفُ نكاحُها بل يبطلُ؛ لأنَّه لا مُجيزَ له وقتَ وقوعِهِ كما في "النَّهر"[٤] بحثاً،

قلت: قد يقال: إنَّ له مُجيزاً وهو الإمامُ؛ لأنَّ له بيعَها قبلَ الإخراجِ وبعدَهُ، فتأمَّل.

﴿بابُ نكَاحِ الرَّقيق﴾

(قولُهُ: قال في "البحر": والمرادُ هنا المملُوكَ من الآدمــيِّ إلخ) عبارتُهُ: ((والرَّقيقُ في اللُّغةِ: العبدُ، ويقالُ للعبيدِ، كذا في "المُغْرِب"، والمراد به إلخ)).

(قولُهُ: قلتُ: قد يقالُ: إنَّ له مُجيزاً إلخ) الظَّاهرُ اعتمادُ ما في "النَّهر"؛ فإنَّ الأمَةَ قبلَ الإحرازِ لا ولايةَ ولا مِلْكَ لأحدٍ عليها. نعم على ما قالَهُ "الشَّافعيُّ" يَتَّجِهُ ما قالَهُ "المُحشِّي" فإنَّ عندَهُ يَثْبُتُ المِلْكُ فيها بمُجرَّدِ الهزيمةِ، وللإمامِ البَيْعُ والتَّزويجُ، فإذا فعَلَ الإمامُ ذلك عن اجتهادٍ نَفَذَ، كما يأتي في الجهاد، وبَحْثُ "النَّهر" مَنظُورٌ فيه لقواعدِ المذهبِ.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٨/ب.

(٢) "الصحاح": مادة((رقق)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٢.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٨/ب.

كُلاًّ أو بعضاً، والقِنُّ: المملوكُ كُلاًّ.

(توقَّفَ نكاحُ قِنٍّ، ....

[١٢٣٣٣] (قولُهُ: كُلاًّ أو بعضاً) شَمِلَ المُبعَّضَ والمملوكَ مِلْكاً ناقصاً كالمكاتب ومَن وُجِدَ له سببُ الحرِّيَّة كالمُدبَّر وأمِّ الولد.

[١٢٣٣٤] (قولُهُ: والقِنُّ: المملوكُ كُلاًّ) أخرجَ المُبعَّضَ، لكنْ دخلَ فيه المكاتبُ والمدبَّرُ وأمُّ الولد لدخولِهم في المملوك، وفي "المغرب"[1]: ((القِنُّ من العبيدِ: مَن مُلِكَ هو وأبواه، وكذلك الاثنان والجمعُ والمؤنَّثُ، وأمَّا أَمَةٌ قِنَّةٌ فلم نَسمَعْهُ، وعن "ابن الأعرابيِّ"[2]: عبدٌ قِنٌّ: خالصُ العبوديَّة، وعليه قولُ الفقهاء؛ لأنَّهم يَعنُون به خلافَ المُدبَّر والمكاتَبِ)) اهـ.

فالمناسبُ ما في "الرَّحميِّ": ((من أنَّ القِنَّ: المملوكُ مِلْكاً تامّاً لم يَنعقِدْ له سببُ الحرِّيَّة))، قال "ح"[3]: ((ثمَّ اعلم أنَّ كُلاًّ من الرِّقِّ والملكِ كاملٌ وناقصٌ، ففي القِنِّ كاملان، وفي مُعتَقِ البعضِ ناقصان، وفي المكاتب كَمُلَ الرِّقُّ، وفي المدبَّر وأمِّ الولد كَمُلَ المِلكُ)).

[١٢٣٣٥] (قولُهُ: توقَّفَ نكاحُ قِنٍّ) أطلَقَ في نكاحِهِ فشَمِلَ ما إذا تزوَّجَ بنفسِهِ أو زَوَّجَهُ غيرُهُ، وقيَّدَ بالنِّكاح لأنَّ التَّسرِّيَ حرامٌ مطلقاً، قال في "الفتح"[4]: ((فرعٌ مهمٌّ للتُّجّار: ربما يَدفَعُ لعبدِهِ جاريةً ليَتَسرَّى بها، ولا يجوزُ للعبد أَذِنَ له مولاه أوْ لا؛ لأنَّ حِلَّ الوطءِ لا يَثبُتُ شرعاً إلاَّ بمِلكِ اليمين أو عَقْدِ النِّكاح، وليس للعبدِ مِلكُ يمينٍ، فانحصَرَ حِلُّ وطئِهِ في عَقْدِ

٣٧٠/أ

(قولُهُ: فالمناسبُ ما في "الرَّحميِّ" مِن أنَّ القِنَّ: المَملُوكُ إلخ) لعلَّ مُرادَ "الشَّارح" بالمَملُوكِ كُلاًّ ما كان مِلْكُهُ تامّاً، وحينئذٍ يدخلُ في القِنِّ: المُكاتَبُ، والمُدبَّرُ، وأُمُّ الوَلَد؛ لانعقادِ سببِ الحرِّيَّةِ فيُرجَعُ لِمَا قالَهُ "الرَّحميُّ".

(١) "المغرب": مادة ((قنن)).

(٢) أبو سعيد أحمد بن محمد بن زياد البصريُّ (ت٣٤٠هـ، وقيل: ٣٤١). ("سير أعلام النبلاء" ٤٠٧/١٥، "حلية الأولياء" ٣٧٥/١٠).

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/أ.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٦٥/٣.

وأَمَـةٍ، ومكاتبٍ، ومُدبَّرٍ، وأمِّ ولدٍ على إجازةِ المولى، فإنْ أجازَ نفذَ، وإنْ ردَّ بطَلَ)

النّكاح)) اهـ "بحر"(١).

[١٢٣٣٦] (قولُهُ: وأَمَةٍ) قد علمتَ أنَّ القِنَّ يَشمَلُ الذَّكَرَ والأنثى.

[١٢٣٣٧] (قولُهُ: ومُكـاتَبٍ) لأنَّ الكتابة أَوجَبَتْ فكَّ الحَجْرِ في حقِّ الاكتساب، ومنه تزويجُ أَمَتِهِ؛ إذ به يحصلُ المهرُ والنَّفقةُ للمولى بخلاف تزويـجِ نفسِهِ وعبدِهِ. ودخَلَ في المُكاتَبِ مُعتَقُ(٢) البعضِ، لا يجوزُ نكاحُهُ عنده، وعندهما يجوزُ؛ لأنه حُرٌّ مديونٌ، أفادَهُ في "البحر"(٣).

[١٢٣٣٨] (قولُهُ: وأمِّ ولدٍ) وفي حكمِها ابنُها من غيرِ مولاها، كما إذا [٣/ق١٢٧/ب] زَوَّجَ أمَّ ولدِهِ من غيرِهِ فجاءَتْ بولدٍ من زوجها، وأمَّا ولدُها من مولاها فحُرٌّ، وتمامُهُ في "البحر"(٤).

[١٢٣٣٩] (قولُهُ: فإنْ أجازَ نفَذَ إلخ) إنْ كان كلٌّ من الإجازةِ أو الرَّدِّ قبل الدُّخولِ فالأمرُ ظاهرٌ، وإنْ كان بعدَهُ ففي الرَّدِّ يُطالَبُ العبدُ بعدَ العتق كما ذكرَهُ بقولِهِ: ((فيُطالَبُ إلخ))، وفي الإجازةِ قال في "البحر"(٥) عن "المحيط" وغيره: ((القياسُ أنْ يجبَ مهران: مهرٌ بالدُّخولِ ومهرٌ بالإجازة كما في النِّكاحِ الفاسدِ إذا جدَّدَهُ صحيحاً، وفي الاستحسانِ لا يَلزَمُهُ إلاَّ المُسمَّى؛ لأنَّ مهر المثل لو وجَبَ لوجَبَ باعتبارِ العَقْدِ، وحينئذٍ فيَجِبُ بعَقْدٍ واحدٍ مهران، وإنَّه ممتنعٌ)) اهـ.

ثمَّ الإجازةُ تكون صريحاً ودلالةً وضرورةً كما سيأتي(٦)، وفيه رَمْزٌ إلى أنَّ سكوتَهُ بعدَ العلمِ ليس بإجازةٍ كما في "القهستانيِّ"(٧) عن "القنية"(٨).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٣.

(٢) من ((بخلاف)) إلى ((معتق)) ساقط من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٢.

(٤) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٤.

(٦) المقولة [١٢٣٦٨] قوله: ((إجازة)).

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل نكاح القن ١/٢٩٢.

(٨) "القنية": كتاب النكاح ـ باب فيما يتعلق بنكاح الإماء والعبيد ق٣٥/ب.

فلا مهرَ ما لم يَدخُلْ بها[١]، فيُطالَبُ بمهرِ المثل بعد عتقِهِ.

ثمَّ المرادُ بالمولى مَن له وَلاية تزويجِ الأَمَةِ كأبٍ، وجدٍّ، وقاضٍ، ووصيٍّ، ومُكاتِبٍ،

[١٢٣٤٠] (قولُهُ: فلا مهرَ) تفريعٌ على قوله: ((بطَلَ))، "ح"[٢]، أي: لا مهرَ على العبدِ ولا مهرَ للأَمَة.

[١٢٣٤١] (قولُهُ: فيُطالَبُ) جوابُ شرطٍ مقدَّرٍ، أي: فإنْ دخَلَ فيُطالَبُ، فافهم.

[١٢٣٤٢] (قولُهُ: مَن له وَلايةُ تزويجِ الأَمَةِ) أي: وإنْ لم يكن مالكاً لها، "بحر"[٣]. وشَمِلَ الوارثَ والمشتريَ، فلو ماتَ الوليُّ أو باعَهُ فأجازَ سيِّدُهُ الوارثُ أو المشتري يجوزُ، وإلاَّ فلا كما أُشيرَ إليه في "العماديَّة"، "قهستاني"[٤]. وشَمِلَ الشَّريكَين، فلو زوَّجَ أحدُهما الأَمَةَ ودخَلَ الزَّوجُ فإنْ رَدَّ الآخرُ فله نصفُ مهرِ المثل وللمُزوِّجِ الأقلُّ من نصفِهِ ومن نصفِ المسمَّى، "بحر"[٥].

[١٢٣٤٣] (قولُهُ: كأبٍ) أي: أبي اليتيمِ، فإنَّه يُزوِّجُ أَمَتَهُ، وكذا جدُّهُ، وكذا وصيُّهُ والقاضي، "ح"[٦]؛ لأنَّه من بابِ الاكتساب، "فتح"[٧].

[١٢٣٤٤] (قولُهُ: ومُكاتِبٍ) لأنه ـ كما تقدَّمَ ـ يجوزُ له تزويجُ أَمَتِهِ لكونِهِ من الاكتساب لا عبدِهِ، "ط"[٨]. وخرَجَ العبدُ المأذونُ، فلا يَملِكُ تزويجَ الأَمَةِ أيضاً، "بحر"[٩]. ومثلُهُ الصَّبيُّ المأذونُ، "درر"[١٠].

---

(١) ((بها)) ليست في "ب" و"و" و"ط".

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ بتصرف.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في نكاح القن ٢٩٢/١

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ بتصرف.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٦٤/٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٠/٢.

(٩) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣ باختصار.

(١٠) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١.

ومُفاوِضٍ، ومُتَوَلٍّ، وأمَّا العبدُ فلا يَملِكُ تزويجَهُ إلاَّ مَن يَملِكُ إعتاقَهُ، "درر"[1][2].......

[١٢٣٤٥] (قولُهُ: ومُفاوِضٍ) فإنَّه يُزوِّجُ أَمَةِ المفاوَضةِ لا عبدَها، "ح"[3] عن "القهستانيِّ"[4]. بخلافِ شريكِ العِنانِ، فلا يَملِكُ تزويجَ الأَمَةِ كما مَرَّ[5]، وكذا المُضارِبُ كما في "البحر"[6].

[١٢٣٤٦] (قولُهُ: ومُتَوَلٍّ) ذكَرَهُ في "النَّهر"[7] بحثاً حيث قال: ((ولم أرَ حكمَ نكاحِ رقيقِ بيت المال والرَّقيقِ في الغنيمة المُحرَزَةِ بدارنا قبلَ القِسْمةِ والوقفِ إذا كان بإذنِ الإمامِ والمُتولِّي، وينبغي أنْ يصحَّ في الأَمَةِ دون العبدِ كالوصيِّ، ثمَّ رأيتُ في "البزَّازيَّة"[8]: لا يَملِكُ تزويجَ العبدِ إلاَّ مَن يَملِكُ إعتاقَهُ)) اهـ، أي: فإنَّه يدلُّ على أنَّه [٣/ق١٢٨/أ] لا يصحُّ في العبدِ، وأمَّا في الأَمَةِ فينبغي الجوازُ تخريجاً على الوصيِّ كما قال، ولعلَّ "الشَّارح" اقتصرَ على المُتولِّي ولم يذكرِ الإمامَ لأنَّ أحكامَ الوصيِّ والمُتولِّي يُستَقَيان[9] من وادٍ واحدٍ، لكنَّ الإمامَ في مالِ بيتِ المالِ مُلحَقٌ بالوصيِّ أيضاً، حتَّى إنَّه لا يَملِكُ بيعَ عقارِ بيتِ المال إلاَّ فيما يَملِكُهُ الوصيُّ، وله بيعُ عبدِ الغنيمة قبلَ الإحراز وبعده، فينبغي أنْ يَملِكَ تزويجَ الأَمَةِ إذا رأى المصلحةَ، تأمَّل.

[١٢٣٤٧] (قولُهُ: وأمَّا العبدُ إلخ[10]) يُستثنَى من ذلك ما لو زَوَّجَ الأبُ جاريةَ ابنِهِ من عبدِ ابنِهِ،

(قولُ "الشَّارحِ": ومُتَوَلٍّ) في "السِّنْدِيِّ": ((والمُرادُ بالمُتَولِّي: المُتَولِّي على وَقْفٍ، أو بيتِ المال)) اهـ تأمَّل.

---

(١) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١ بتصرف، وفيها: ((الوليّ)) بدل((متولٍّ)).

(٢) في "د" زيادة: ((حاصلُ مسألةِ مهر الرقيق: أنّه لا يخلو إمَّا أن يكون ذكراً أو أنثى، وكلٌّ منهما إمَّا بإذن المولى أو لا، وكلٌّ من الأربعة إمَّا قبل الدخول أو بعده، وكلٌّ من الثمانية إما أن يقبل البيع أو لا. فهي ستة عشر)). ق١٦٦/ب.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/أ.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل: نكاح القن ٢٩٢/١.

(٥) المقولة [١٢٣٤٢] قوله: ((من له ولاية تزويج الأَمَةِ)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/أ.

(٨) "البزازية": كتاب النكاح ـ الفصل العاشر في نكاح العبد والأمة ١٢٧/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) في "م": ((مستقيان)).

(١٠) هذه المقولة عن "الظهيرية" كما في "د" ق ١٦٦/ب.

(فإنْ نَكَحُوا بالإذنِ فالمهرُ والنَّفقةُ عليهم) أي: على القِنِّ وغيرِهِ؛ لوجودِ سببِ الوجوبِ منه (ويَسقُطان بموتِهم) لفواتِ محلِّ الاستيفاءِ (وبيْعَ قِنٌّ فيهما لا) يُباعُ (غيرُهُ)..........

فإنَّه يجوزُ عند "أبي يوسف"[(١)] بخلاف الوصيِّ[(٢)]، لكنْ في "المبسوط"[(٣)]: ((أنَّه لا يجوزُ في ظاهرِ الرِّواية))، فلا استثناءَ، "بحر"[(٤)].

[١٢٣٤٨] (قولُهُ: وغيرِهِ) أي: مِن مُدبَّرٍ ومُكاتَبٍ.

[١٢٣٤٩] (قولُهُ: لوجودِ سببِ الوجوبِ منه) أي: من القِنِّ وغيرِهِ، فإنَّ العَقْدَ سببٌ لوجوبِ المهرِ والنَّفقةِ، وقد وُجِدَ من أهلِهِ مع انتفاءِ المانعِ، وهو حقُّ المولى لإذنِهِ بالعَقْدِ.

[١٢٣٥٠] (قولُهُ: ويَسقُطان بموتِهم) قيَّدَ سقوطَ المهرِ في "البحر"[(٥)] عند قول "الكنز": ((ولو زَوَّجَ عبداً مأذوناً)) بما إذا لم يَترُكْ كسباً، وفي كلام "الشَّارح" إشارةٌ إليه، أمَّا النَّفقةُ ـ ولو مَقضِيَّةً ـ فتَسقُطُ عن الحُرِّ بموتِهِ، فالعبدُ بالأَولى.

[١٢٣٥١] (قولُهُ: وبيعَ قِنٌّ) أي: باعَهُ سيِّدُهُ؛ لأنَّه دَيْنٌ تعلَّقَ في رقبتِهِ، وقد ظهَرَ في حقِّ المولى بإذنِهِ، فيُؤمَرُ ببيعِهِ، فإن امتنعَ باعَهُ القاضي بحضرتِهِ إلاَّ إذا رضي أنْ يُؤدِّيَ قَدْرَ ثمنِهِ، كذا

(قولُهُ: أي: من القِنِّ وغيرِه إلخ) أَرجَعَ "الرَّحمتيُّ" الضَّميرَ في ((منه)) إلى المَوْلَى، وذلك لأنَّه لَمَّا أَذِنَ في النِّكاح فقد وُجِدَ سببُ الوُجُوبِ من المَولى حيثُ أَذِنَ لهم في التَّزوُّجِ فيكونُ راضياً بتحَمُّلِ الضَّرَرِ فيَلْزمُهُ؛ لأنَّه بوُجُوبِ المهْرِ والنَّفَقةِ عليهم وجبَ على مولاهُم، لكن لا مِن جميعِ مالِهِ بل مِن عبدِهِ الَّذي أَذِنَ له، فليس له أخْذُ ما اكْتَسبَهُ منه إلاَّ بعد الإيفاءِ للزَّوجةِ حَقَّها اللاَّزمَ للعَبْدِ بإذْنِ السَّيِّدِ اهـ "سِنديّ".

---

(١) في "د" زيادة: ((خلافاً لزفر)) ق١٦٦/ب.

(٢) في "د" زيادة: ((قال في "البحر": وهذا يستثنى من قولهم: لا يجوز للأب تزويجُ عبدِ الابن بأن يُقال: إلا مِنْ جاريةِ الابن، انتهى. قلت: وكذا يستثنى من قوله: وأما العبد)) ق١٦٦/ب.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الإماء والعبيد ٥/١٢٢.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٣.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠.

كمُدبَّرٍ بل يَسعَى، ولو مات مولاه لَزِمَهُ جملةً إنْ قدَرَ، "نهر" و"قنية". (لكنَّه يُباعُ في النَّفقةِ مِراراً)..

في "المحيط"، "نهر"[1]. واشتراطُ حضرةِ المولى لاحتمالِ أنْ يَفدِيَهُ، وقد ذكَرَ في المأذونِ المديونِ: ((أنَّ للغُرَماءِ استسعاءَهُ أيضاً))، قال في "البحر"[2] من النَّفقة: ((ومُفادُهُ أنَّ زَوْجَتَهُ لو اختارت استسعاءَهُ لنفقةِ كلِّ يومٍ أنْ يكونَ لها ذلك أيضاً)) اهـ.

قلت: وكذا للمهرِ.

[١٢٣٥٢] (قولُهُ: كمُدبَّرٍ) أَدخَلَتِ الكافُ المُكاتَبَ ومُعتَقَ البعضِ وابنَ أمِّ الولدِ كما في "البحر"[3].

[١٢٣٥٣] (قولُهُ: بل يَسعَى) لأنَّه لاَ يَقبَلُ البيعَ، فيؤدِّي من كسبِهِ لا من نفسِهِ، فلو عجَزَ المُكاتَبُ صار المهرُ دَيْناً في رقبتِهِ، فيُباعُ فيه إلاَّ إذا أدَّى المهرَ مولاه واستخلَصَهُ كما في القِنِّ، وقياسُهُ: أنَّ المدبَّر لو عادَ إلى الرِّقِّ بحكمِ شافعيٍّ ببيعِهِ أنْ يصيرَ المهرُ في رقبتِهِ، "بحر"[4]. ٣٧١/٢

[١٢٣٥٤] (قولُهُ: ولو مات مولاه إلخ) في "القنية"[5]: ((زَوَّجَ مُدبَّرَهُ امرأةً ثُمَّ مات المولى فالمهرُ في رقبةِ العبدِ يُؤخَذُ به إذا عَتَقَ[6])) اهـ

وفيه نظرٌ؛ لأنَّ حكمَةُ السِّعايةُ قبلَ العتقِ لا التَّأخُّرُ إلى ما بعدَ العتقِ، "بحر"[7].

[٣/ق١٢٨/ب] قال في "النَّهر"[8]: ((هذا مدفوعٌ بأنَّ ما في "القنية" فيه إفادةُ حكمٍ سَكَتُوا

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/أ.

(٢) "البحر": كتاب الطلاق ٢٠٨/٤.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٥) "القنية": كتاب النكاح ـ باب فيما يتعلق بنكاح العبيد والإماء ق٣٥/ب.

(٦) في "الأصل": ((أعتق)) وهو الموافق لـ"القنية".

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣.

(٨) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب.

إنْ تجدَّدَتْ...

عنه هو أنَّ المُدبَّر إذا لَزِمَتْهُ السِّعايةُ في حياةِ المولى فمات المولى[١] هل يُؤاخَذُ بالمهرِ بعد العتـق؟ قـال: نعم، وهو ظاهرٌ في أنَّه يُؤاخَذُ به جملةً واحدةً حيث قَدَرَ عليه، ويَبطُلُ حكمُ السِّعاية)) اهـ.

أقول: حاصلُ الجوابِ أنَّ المُدبَّر يَسعَى في حياةِ مولاه في المهرِ، أمَّا بعدَ موتِ مـولاه فإنَّـه يَسعَى أوَّلاً في ثُلثي قيمتِهِ لتخليصِ رقبتِهِ من الرِّقِّ، ويصيرُ المهرُ في رقبتِهِ يُؤدِّيـه بعـدَ عتقِـهِ كدَيْـنِ الأحرار لا بطريقِ السِّعاية، فإنْ وُجِدَ معه جملةً أُخِذَ منه، وإلاَّ عُومِلَ معاملةَ المديون المُعسِرِ، ولَمَّـا كان فَهْمُ ذلك من عبارة "القنية" فيه خفاءٌ عزا ذلك إليها وإلى "النَّهر"، فافهم.

[١٢٣٥٥] (قولُهُ: إنْ تَجَدَّدَتْ) يعني: إنْ لَزِمَهُ نفقةٌ فبِيْعَ فيها، فلم يَفِ ثمنُهُ بما عليه من النَّفقة بقيَ الفضلُ في ذِمَّتِهِ، فيُطالَبُ به بعد العتق، ولا يتعلَّقُ برقبتِهِ، فلا يباعُ فيه عند السيِّدِ الثَّـاني، ثـمَّ إنْ تَجَمَّعَتْ عليه نفقةٌ عند السيِّدِ الثَّاني بِيْعَ فيها، ويُفعَلُ[٢] بالفضلِ كما مَرَّ[٣]، "ح"[٤]. ووجهُـهُ ما في "البحر"[٥] عن "المبسوط"[٦]: ((أنَّ النَّفقة يتجدَّدُ وجوبُها بمضـيِّ الزَّمـان، وذلـك في حكـمِ دينٍ حادثٍ)) اهـ، أي: أنَّ ما تجدَّدَ وجوبُهُ عند السَّيِّدِ الثَّاني في حكـمِ ديـنٍ حـادثٍ فيُبـاعُ فيـه، بخلافِ ما تَجَمَّعَ[٧] عليه وبِيْعَ فيه أوَّلاً، فإنَّه لا يُباعُ فيه ثانياً لاستيفاءِ باقيـه؛ لأنَّـه في حكـمِ ديـنٍ واحدٍ خلافاً لِما في نفقاتِ "صدر الشَّريعة"، حيـث يُفهَـمُ منـه أنَّـه يُبـاعُ في البـاقي أيضـاً كمـا سيأتي[٨] بيانُهُ هناك إنْ شاء الله تعالى.

---

(١) ((فمات المولى)) ساقط من "الأصل".

(٢) ((ويفعل)) ساقطة من "الأصل".

(٣) في المقولة نفسها.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣.

(٦) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نفقة العبد ١٩٨/٥-١٩٩.

(٧) في "آ" و"ب" و"م":((تجمد)).

(٨) المقولة [١٦٠٧٧] قوله: ((فما في "الدرر" إلخ)).

(وفي المهرِ مرَّةً) ويُطالَبُ بالباقي بعد عتقِهِ،.............................

ثمَّ الظَّاهرُ أنَّ هذا مفروضٌ فيما إذا كانت النَّفقة مفروضةً بالتَّراضي أو بقضاءِ القاضي؛ لأنَّها بدُونِ ذلك تسقُطُ بمضيِّ المدَّة كما ذكرُوه في النَّفقات، ثمَّ رأيتُ في نفقات "البحر"[1] صوَّرَ المسألةَ بـ: ((ما إذا فرَضَ القاضي لها نفقةَ شهرٍ مثلاً وعجزَ عن أدائها باعَهُ القاضي إنْ لم يَفْدِهِ المولى))، وأفادَ أنَّه إنما يُباعُ فيما يَعجزُ عن أدائِهِ لا لنفقةِ كلِّ يومٍ مثلاً للإضرارِ بالمولى، ولا لاجتماعِ قَدْرِ قيمتِهِ للإضرار بها، وينبغي أنْ لا يصحَّ فرضُها بتراضيهما لحَجْرِ العبد عن التَّصرُّفِ، ولاتِّهامِهِ بقصدِ الزِّيادة لإضرارِ المولى، ولذا فرَضَ المسألةَ في "البحر" فيما إذا فرَضَها القاضي، تأمَّل.

[١٢٣٥٦] (قولُهُ: وفي المهرِ مرَّةً) فيه أنَّه لو لَزِمَهُ [٣/ق١٢٩/أ] مهرٌ آخرُ عند السَّيِّدِ الثَّاني كما إذا طَلَّقَها ثمَّ تَزَوَّجَها بِيْعَ ثانياً، فلا فرقَ بين المهرِ والنَّفقةِ إلاَّ باعتبارِ أنَّ النَّفقةَ تتجدَّدُ عند السَّيِّدِ الثَّاني ولا بدَّ[2] بخلافِ المهر، "ح"[3] عن شيخِهِ "السَّيِّدِ". وأجابَ "ط"[4]: ((بأنَّ النَّفقة التي حدَثَتْ عند الثَّاني سببُها متحقِّقٌ عند الأوَّل، فتكرَّرَ بيعُهُ في شيءٍ واحدٍ بخلاف بيعِهِ في مهرٍ ثانٍ حدَثَ عند الثَّاني، فإنَّ هذا مُسبَّبٌ عن عَقْدٍ مُستقِلٍّ، حتَّى توقَّفَ على إذنِهِ)) اهـ.

قلت: وحاصلُهُ أنَّ النَّفقةَ المتجدِّدةَ عند الثَّاني وإنْ كانت في حكمِ دينٍ حادثٍ ـ ولذا بِيْعَ فيها ثانياً ـ إلاَّ أنَّها لَمَّا كان سببُها مُتَّحِداً وهو العَقْدُ الأوَّلُ لم تكن دَيْناً حادثاً من كلِّ وجهٍ، أمَّا المهرُ الثَّاني فهو دَيْنٌ حادثٌ من كلِّ وجهٍ لوجوبِهِ بسببٍ جديدٍ، وأنت خبيرٌ بأنَّ هذا جوابٌ إقناعيٌّ.

ثمَّ اعلم أنَّ دين المهرِ والنَّفقةِ عَيْبٌ في العبدِ، فللمشتري الخيارُ إنْ لم يَرْضَ به.

---

(١) "البحر": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٤/١٠٨.

(٢) ((بُدَّ)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٠.

إلاَّ إذا باعَهُ منها، "خانيَّة"[١].

(ولو زَوَّجَ) المولى (أَمَتَهُ مِن عبدِهِ..

(تنبيهٌ)

قال في "البحر"[٢]: ((علَّلَ في "المعراج" لعدمِ تكرارِ بيعِهِ في المهر: بأنَّه بِيْـعَ في جميـعِ المهـر، فيفيدُ أنَّه لو بِيْعَ في مهرِها المعجَّلِ ثمَّ حَلَّ الأجلُ يُباعُ مرَّةً أخرى؛ لأنَّه إنما بِيْعَ في بعضِهِ)) اهـ.

أقول: فيه نظرٌ؛ لأنَّه مخالفٌ لِما نقلَهُ قبله عن "المبسوط"[٣]: ((من أنَّه ليس شيءٌ من دُيـونِ العبدِ ما يُباعُ فيه مرَّةً بعد أخرى إلاَّ النَّفقةَ؛ لأنَّه يتجدَّدُ وجوبُها بمضيِّ الزَّمـانِ إلخ))، ولا يخفـى أنَّ المهرَ المؤجَّلَ كان واجباً قبل حُلُـولِ الأجـلِ، وإنما تـأخَّرَتِ المطالبـةُ إلى حُلُولِـهِ، فلـم يتجـدَّدِ الوجوبُ عند المشتري حتَّى يُباعَ ثانياً عنده، ولأنَّه يَلزَمُ أنَّه لو كان المهرُ ألفـاً مثـلاً وقيمـةُ العبـد مائةً فبِيْعَ بمائةٍ أنْ يُباعَ ثانياً وثالثاً وهكذا؛ لأنَّه في كلِّ مرَّةٍ لم يُبَعْ في كلِّ المهر، وهو خـلافُ مـا صرَّحُوا به، ومرادُ "المعراج" بقوله: ((بِيْعَ في جميعِ المهـرِ)) أنـه إنمـا بِيْـعَ لأجـلِ جميـعِ المهـر، أي: لأجلِ ما كان جميعُهُ واجباً وقتَ البيع بخلافِ النَّفقةِ الحادثةِ عنـد الثَّـاني، فإنَّـه لم يُبَـعْ فيهـا عنـد الأوَّلِ فيُباعُ فيها ثانياً عند الثَّاني، فالمرادُ بيانُ الفَرْقِ بين المهرِ والنَّفقةِ كما صرَّحَ به في "البحر"[٤] من النَّفقات فراجعه، فافهم.

[١٢٣٥٧] (قولُهُ: إلاَّ إذا باعَهُ منها) فإنَّ ما عليها مِن مقدارِ ثمنِهِ يَلتَقي قِصاصاً بقَدْرِهِ ممـا لهـا والباقي يسقُطُ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لا يَستوجِبُ دَيْناً على عبده، "ح"[٥].

[١٢٣٥٨] (قولُهُ: ولو زَوَّجَ المولى أَمَتَهُ إلخ) [٣/ق١٢٩/ب] حـاصلُهُ تقييدُ المسألةِ الأُولى التي يُباعُ

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في نكاح المماليك ٣٤٣/١ بتصرف. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٣/٣-٢٠٤.

(٣) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نفقة العبد ١٩٨/٥-١٩٩.

(٤) "البحر": كتاب الطلاق ٢٠٩/٤.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

لا يجبُ المهرُ) في الأصحِّ، "ولوالجيَّة"[(١)]. وقال "البزَّازيُّ"[(٢)]: ((بل يسقطُ))،......

فيها القِنُّ بما إذا لم تكن الأَمَةُ أَمَةَ مولى العبدِ، فهذا كالاستثناء مما قبله، ثمَّ استثنى من هذا الاستثناءِ ما إذا كانَتْ أَمَةُ المولى مأذونةً مديونةً، فإنَّه يُباعُ لها أيضاً. وأطلَقَ هنا الأَمَةَ والعبدَ، فشَمِلَ ما إذا كانا قِنَّين أو مُدبَّرَين، أو كانَتْ أمَّ ولدٍ، أو كان ابنَ أمِّ ولدٍ.

[١٢٣٥٩] (قولُهُ: لا يجبُ المهرُ) لاستلزامِهِ الوجوبَ لنفسِهِ على نفسِهِ، وهو لا يُعقَلُ، وهذا بناءً على أنَّ مهرَ الأَمَةِ يَثبُتُ للسَّيِّدِ ابتداءً في غيرِ المأذونةِ والمُكاتَبةِ ومُعتَقةِ البعضِ كما في "النَّهر"[(٣)]، "ح"[(٤)]. وفي استثناءِ المأذونةِ كلامٌ يأتي[(٥)] قريباً. /٣٧٢

[١٢٣٦٠] (قولُهُ: بل يَسقُطُ) أي: بل يجبُ على السَّيِّدِ ثمَّ يَسقُطُ بناءً على أنَّ مهرَ الأَمَةِ يَثبُتُ لها أوَّلاً ثمَّ يَنتقِلُ للسَّيِّدِ كما في "النَّهر"[(٦)] عن "الفتح"[(٧)]، "ح"[(٨)]. وفائدةُ وجوبِهِ لها أنَّه لو كان عليها دَيْنٌ يُستوفَى منه ويُقضَى دَيْنُها، قالوا: والأوَّلُ أظهرُ، كذا في "شرح الجامع الكبير"، "بيري" على "الأشباه". وأيَّدَهُ أيضاً في "الدُّرر"[(٩)]، وهذا مُؤيِّدٌ لتصحيحِ "الولوالجيِّ"[(١٠)] قال في "البحر"[(١١)]: ((ولم أرَ مَن ذكَرَ لهذا الاختلافِ ثمرةً، ويمكنُ أن يقال: إنَّها تظهرُ فيما لو زوَّجَ الأبُ أَمَةَ الصَّغيرِ من عبدِهِ، فعلى الثَّاني يصحُّ، وهو قولُ "أبي يوسف"، وعلى الأوَّلِ لا يصحُّ

---

(١) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الأول في إذن الولي وإجازته النكاح ق٤٥/أ.

(٢) "البزازية": كتاب النكاح ـ العاشر في نكاح العبد والأمة ١٢٨/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٥) المقولة [١٢٣٦١] قوله: ((ومحل الخلاف إلخ)).

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٢/٣.

(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٩) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ٣٤٩/١.

(١٠) "الولوالجية": كتاب النكاح ـ الفصل الأوّل في إذن الولي وإجازته النكاح ق٤٥/أ.

(١١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٥/٣ بتصرف.

وَمحلُّ الخلافِ إذا لم تكن الأَمَةُ مأذونةً مديونةً، فإنْ كانت بِيْعَ أيضاً؛..........

التَّزويجُ، وهو قولُهما، وبه جزَمَ في "الولوالجيَّة"[1] مُعلِّلاً: بأنَّه نكاحٌ للأَمَةِ بغيرِ مهرٍ لعدمِ وجوبِهِ على العبدِ في كسبِهِ للحالِ)) اهـ.

واعترضَهُ "الرَّحميُّ": ((بأنَّه لا استحالةَ في وجوبِ المالِ للصَّغيرِ على أبيه، بخلاف ما لو زَوَّجَه[2] من أَمَةِ نفسِهِ)).

قلت: وكأنَّه فَهِمَ أنَّ الضمير في قوله: ((من عبدِهِ)) للأبِ مع أنَّه للصَّغير كما صرَّحَ به في "الظَّهيريَّة"[3].

هذا، وجعَلَ العلاَّمةُ "المقدسيُّ" ثمرةَ الخلافِ قضاءَ دَيْنِها منه وعدمَهُ، وقال: ((ويترجَّحُ القولُ بالوجوبِ، ولهذا صحَّحَهُ "ابن أمير حاج")).

[١٢٣٦١] (قولُهُ: ومحلُّ الخلافِ إلخ) ذكرَهُ في "النَّهر"[4] بحثاً بقوله: ((وينبغي أنْ يكون محلُّ الخلافِ ما إذا لم تكن الأَمَةُ مأذونةً مديونةً، فإنْ كانت[5] بِيْعَ[6] أيضاً، ويدلُّ عليه ما في "الفتح"[7]: مهرُ الأَمَةِ يَثبُتُ لها ثمَّ ينتقلُ إلى المولى، حتَّى لو كان عليها دَيْنٌ قُضِيَ من المهر)) اهـ.

قلت: أنت خبيرٌ أنَّ قول الفتح: ((يَثبُتُ لها إلخ)) هو أحدُ القولين، فكيف يَجعلُهُ دليلاً

---

(١) "الولوالجيّة": كتاب المأذون ق٣٢٦/أ.

(٢) في النسخ جميعها: ((زَوَّجَها)) بضمير المؤنث، وما أثبتناه هو الصواب الذي يقتضيه السِّياق، والله أعلم.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن في نكاح العبيد والإماء ق٨٤/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/أ.

(٥) في "د" زيادة: ((أي: الأمة التي زوجها مولاها من عبده)). ق١٦٦/ب.

(٦) في "د" زيادة: ((أي العبد أيضاً، أي: كما يباع لو زوجه أجنبية، وإنما يباع في هذه الصورة؛ لأنه أي: المهر يثبت لها ثم ينتقل للمولى، ومع الحاجة إليه لا ينتقل)). ق١٦٦/ب.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٢/٣.

لأنَّه يثبُتُ لها، ثمَّ ينتقلُ للمولى، "نهر". (فلو باعَهُ سيِّدُهُ بعدَما زَوَّجَهُ امرأةً فالمهرُ برقبتِهِ..

لعدمِ الخلافِ؟! فإنَّ المتبادِرَ من عباراتِهم أنَّ قضاء دَيْنِها منه مبنيٌّ على القولِ بأنَّه يَثبُتُ لها أوَّلاً، أمَّا على القولِ بأنَّه يَثبُتُ للسَّيِّدِ [٣/ق١٣٠/أ] ابتداءً فلا قضاءَ، ولهذا جعَلَهُ العلاَّمةُ "المقدسيُّ" ثمرةَ الخلاف كما مَرَّ(١)، فتأمَّل.

[١٢٣٦٢] (قولُهُ: لأنَّه يَثبُتُ لها) أي: لأنَّ المهر يَثبُتُ للأَمَةِ مأذونةً أو غيرَها، ثمَّ يَنتقِلُ للمولى إنْ لم يكن عليها دَيْنٌ، وإلاَّ فلا يَنتقِلُ إليه، فالضَّميرُ راجعٌ للأَمَةِ المذكورةِ لا بقيدِ كونها مأذونةً، فهو استدلالٌ بالأعمِّ على الأخصِّ، فافهم.

[١٢٣٦٣] (قولُهُ: فالمهرُ برقَبتِهِ) وقيلَ: في ثَمَنِهِ، والأوَّلُ الصَّحيحُ كما في "المنية"، ولو أعتقَهُ كان عليه الأقلُّ من المهرِ والنَّفقةِ كما في "النُّتف"(٢)، "قهستاني"(٣).

(قولُهُ: فهو استدلالٌ بالأعَمِّ على الأَخَصِّ) لكنَّ هذا الاستدلالَ غيرُ تامٍّ؛ إذ كونُ الأمَةِ لا بقيدِ كَونِها مأذونةً يَثْبُتُ لها ثمَّ يَنتقِلُ، ليس مُتَّفَقًا عليه، بل هو مُختلَفٌ كما علِمْتَهُ ممَّا قرَّرهُ سابقًا، فكيف يَصحُّ جعْلُهُ دليلاً على مسألةِ المَأْذُونةِ المَدْيُونةِ، وأنَّها محلُّ اتِّفاقٍ فلا وجْهَ لذِكْرِ هذا الاستدلالِ مع أنَّ صاحبَ "النَّهر" لم يَستدِلَّ به وإنَّما استدَلَّ بعبارةِ "الفتحِ" السَّابقةِ، ثمَّ قالَ: ((وفي "المحيط": ارتدَّتْ قبلَ الدُّخولِ، أو قبَّلَتِ ابنَ زَوْجِها قيل: لا يَسقُطُ؛ لأنَّ الحَقَّ للمَوْلى، وقيل: يَسقُطُ؛ لأنَّه يَثْبُتُ لها ثمَّ ينتقِلُ إلى المَوْلى)) اهـ.

(قولُهُ: كان عليه الأقلُّ من المهْرِ والنَّفَقةِ إلخ) عبارةُ "القُهسْتانيِّ": ((كان عليه الأقلُّ مِن المهْرِ أو القِيْمةِ)) اهـ.

---

(١) في المقولة السابقة.

(٢) "النتف": كتاب النكاح ـ نكاح العبيد ٢٨٤/١ وفيها: (القيمة) بدل (النفقة).

(٣) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في نكاح القن ٢٩٢/١ وفيه: (القيمة) بدل (النفقة).

يدورُ معه أينما دارَ كدَيْنِ الاستهلاكِ) لكنْ للمرأةِ فسخُ البيع لـو المهـرُ عليـه؛ لأنّـه دَيْنٌ، فكانَتْ كالغُرماء، "منح".

(وقولُهُ لعبدِهِ: طَلِّقْها رجعيَّةً..

[١٢٣٦٤] (قولُهُ: يَدُورُ معه إلخ) أي: يُباعُ فيه وإنْ تداولَتْهُ الأيدي مِراراً.

[١٢٣٦٥] (قولُهُ: كدَيْنِ الاستهلاكِ) أي: كما لو استهلَكَ مالَ إنسانٍ عند سيِّدِه.

[١٢٣٦٦] (قولُهُ: لكنْ للمرأةِ فسخُ البيعِ) ذكرَهُ في "البحر"[١] بحثاً، ونقَلَهُ "المصنِّفُ" في "المنح"[٢] عن "جواهر الفتاوى" حيث قال: ((رجلٌ زَوَّجَ غلامَهُ، ثمَّ أرادَ أنْ يبيعَهُ بدُونِ رضا المرأةِ إنْ لم يكن للمرأةِ على العبد مهرٌ فللمولى بيعُهُ، وإنْ كان فلا إلاَّ برضاها، وهذا كما قلنا في العبدِ المأذونِ المديونِ إذا باعَهُ بدُونِ رضا الغرماء، فلو أرادَ الغريمُ الفسخَ فله أنْ يفسخَ البيعَ، كذلك هنا إذا كان عليه المهرُ؛ لأنَّ المهر دَيْنٌ)) اهـ. أمَّا لو كان المولى قَضَاهُ عنه فلا فسخَ أصلاً.

[١٢٣٦٧] (قولُهُ: طلِّقْها رجعيَّةً) مثلُهُ: أوقِعْ عليها الطَّلاقَ أو طلِّقْها تطليقةً تقعُ عليها، "بحر"[٣].

(قولُهُ: ذكرَه في "البحر" بحثاً إلخ) الَّذي في "البحر" ـ بعد حكايةِ ما ذكرَه "المُصنِّفُ" ـ : ((والقـولُ الآخرُ عن "القُنْيةِ"، وكلٌّ من القولَيْن مُشكِلٌ؛ لأنَّهم جعَلُوا المهْرَ كدَيْـنِ التِّجـارةِ، وقـد نقلـوا في بـاب المأْذُون:أنَّ السَّيِّدَ إذا باعَ المدْيُونَ بغير رضا أصحابِ الدُّيُونِ رَدُّوا البيعَ وأخذوهُ، وإنْ كان المُشْتري غَيَّبَ العبْدَ فهُمْ بالخِيارِ إنْ شاؤوا ضَمَّنـوا السَّيِّدَ قيمَتَـهُ أو ضمَّنـوا المُشْـتري، أو أجـازوا البيـعَ وأخـذوا الثَّمـنَ فكذلك هنا، وليس دَيْنُ الاستهلاك مُخالِفاً لدَيْنِ التِّجارةِ؛ فإنَّه يُباعُ في الكُلِّ)) اهـ. وكذلك في "النَّهـر" ذكَرَ أحكامَ المأْذُونِ المَدْيُـونِ بعبـارةٍ مَبسُـوطَةٍ، ثـمَّ قـال: ((وهـذه الأحكـامُ تَثْبُـتُ في المهْـرِ أيضاً؛ فإنَّـه من جُمْلَةِ الدُّيون)) اهـ. فعَلَى ما ذكَرَه يَبْقى مـا ذكَـرَه "المُصنِّـفُ" مُشـكِلاً، ولعلَّـهُ روايـةٌ في دَيْـنِ المهْـرِ ودَيْنِ الاستهلاكِ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٤/٣.

(٢) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام النكاح ١/ق ١٢٩/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٨/٣ نقلاً عن "التبيين" باختصار.

إجازةٌ)..

مطلبٌ في الفَرْق بينَ الإذنِ والإجازةِ

[١٢٣٦٨] (قولُهُ: إجازةٌ) لأنَّ الطَّلاقَ الرَّجعيَّ لا يكونُ إلاَّ بعدَ النِّكاحِ الصَّحيح، فكان الأمرُ به إجازةً اقتضاءً بخلاف البائن؛ لأنَّه يَحتمِلُ المتاركةَ كما في النِّكاح الفاسد والموقوف، ويحتملُ الإجازةَ، فحُمِلَ على الأدنى. وأشارَ إلى أنَّ الإجازة تَثبُتُ بالدِّلالة كما تَثبُتُ بالصَّريح وبالضَّرورة، فالصَّريحُ كـ: رَضِيتُ وأَجَزتُ وأَذِنتُ ونحوِهِ، والدِّلالةُ تكونُ بالقول كقولِ المولى بعدَ بُلُوغِهِ الخبرُ: حسنٌ أو صوابٌ أو لا بأس به، وبفعلٍ يدلُّ عليها كسَوْقِ المهرِ أو شيءٍ منه إلى المرأة، والضَّرورةُ بنحوِ عتقِ العبد أو الأَمَةِ، فالإعتاقُ إجازةٌ، وتمامُهُ في "البحر"[١]. ولو أَذِنَ له السَّيِّدُ بعدَما تزوَّجَ لا يكونُ إجازةً، فإنْ أجازَ العبدُ ما صنَعَ جاز استحساناً، كالفضوليِّ إذا وُكِّلَ فأجازَ ما صنَعَهُ قبل الوكالة، وكالعبدِ إذا زَوَّجَهُ فضوليٌّ فأَذِنَ له مولاه في التَّزوُّجِ فأجازَ ما صنَعَهُ الفضوليُّ، كذا في "الفتح"[٢].

أقول: ولعلَّ وجهَهُ أنَّ العَقْدَ إذا وقَعَ موقوفاً على الإجازةِ فحصَلَ الإذنُ بعده ملَكَ استئنافَ العَقْدِ، فيَملِكُ [٣/ق١٣٠/ب] إجازةَ الموقوف بالأَولى، لكنْ علمتَ أنَّ مِن الإجازةِ الصَّريحةِ لفظَ: أَذِنْتُ، فيُناقِضُ ما ذكَرَ: ((من أنَّ الإذنَ بعد التَّزوُّجِ لا يكونُ إجازةً))، وأجاب في "البحر"[٣] بحملِ الأوَّلِ على ما إذا عَلِمَ بالنِّكاح فقال: أَذِنْتُ، والثَّاني على ما إذا لم يَعلَم، وبه جزَمَ في "النَّهر"[٤].

قلت: يظهرُ مما ذكرنا الفَرْقُ بين الإذنِ والإجازةِ، فالإذنُ لِما سيقعُ، والإجازةُ لِما وقَعَ، ويظهرُ منه أيضاً أنَّ الإذن يكونُ بمعنى الإجازةِ إذا كان لأمرٍ وقَعَ وعَلِمَ به الآذِنُ، وعلى هذا فقولُ "البحر"[٥] وغيرِهِ: ((الإجازةُ تَثبُتُ بالدِّلالةِ وبالصَّريحِ إلخ)) أنسبُ من قولِ "الزَّيلعيِّ"[٦]: ((الإذنُ يَثبُتُ إلخ))، وعُلِمَ أنَّ "المصنِّف" لو قال: إذنٌ بدلَ قولِهِ: ((إجازةٌ)) لصَحَّ أيضاً؛ لأنَّ الأمرَ بالطَّلاق

---

(١) انظر "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٦.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٨.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٧.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/١٦٢.

للنِّكاحِ الموقوفِ (لا طَلِّقْها[1] أو فارِقْها) لأنَّه يُستعمَلُ للمتاركةِ، حتَّى لو أجازَهُ بعد ذلك لا ينفُذُ بخلاف الفضوليِّ..........................

يكونُ بعدَ العِلم، والإذنُ بعدَ العِلم إجازةٌ، فقولُ "النَّهر"[2]: ((ولم يقل: إذنٌ لأنَّه لو كان لاحتاجَ إلى الإجازةِ)) فيه نظرٌ، فتدبَّر.

٣٧٣/٢

[١٢٣٦٩] (قولُهُ: للنِّكاحِ الموقوفِ) يستفادُ من قولِهِ: ((الموقوفِ)) أنَّه عَقْدُ فضوليٌّ، فتَجري فيه أحكامُ الفضوليِّ من صحَّةِ فسخِ العبدِ والمرأةِ قبلَ إجازةِ المولى، وتمامُهُ في "النَّهر"[3].

[١٢٣٧٠] (قولُهُ: لأنَّه) ـ أي: قولَ المولى: طَلِّقْها أو فارِقْها ـ لأنَّه يُستعمَلُ للمُتارَكةِ، أي: فيكونُ رَدًّا، ويَحتمِلُ الإجازةَ، فحُمِلَ على الرَّدِّ؛ لأنَّه أدنى؛ لأنَّ الدَّفع أسهلُ من الرَّفع، أو لأنَّه أَلْيَقُ بحالِ العبدِ المتمرِّدِ على مولاه، فكانت الحقيقةُ متروكةً بدلالةِ الحالِ، "بحر"[4] عن "العناية"[5]. وعلى الثَّاني ينبغي لو زَوَّجَهُ فضوليٌّ فقال المولى للعبدِ: طَلِّقْها أنَّه يكونُ إجازةً؛ إذ لا تَمَرُّدَ منه في هذه الحالةِ، "نهر"[6].

قلت: التَّعليلُ الأوَّلُ يَشمَلُ هذه الصُّورةَ، فلا يكونُ إجازةً.

[١٢٣٧١] (قولُهُ: حتَّى لو أجازَهُ إلخ) تفريعٌ على ما فُهِمَ من المقامِ من أنَّ ذلك رَدٌّ، قال في "البحر"[7]: ((وقد عُلِمَ مما قرَّرناه أنَّ قوله: طَلِّقْها أو فارِقْها وإنْ لم يكن إجازةً فهو رَدٌّ، فينفسخُ به نكاحُ العبدِ، حتَّى لا تَلحَقُهُ الإجازةُ بعدَه)).

[١٢٣٧٢] (قولُهُ: بخلافِ الفضوليِّ) أي: إذا قال له الزَّوجُ: طَلِّقْها يكونُ إجازةً؛ لأنَّه يَمِلكُ

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: لا طلِّقها، قال في "البحر": قيَّد به؛ لأنَّه لو قال: أَوْقِعْ عليها الطلاقَ كان إجازةً؛ لأنَّه لا يقال للمتاركة، كما في "الفتح". وكذا إذا قال: طلِّقها تطليقةً تقعُ عليها تكونُ إجازةً؛ لأنَّ وقوع الطلاق مختصٌّ بالنكاح الصحيح، كما في "التبيين". "شرنبلالية")). ق١٦٦/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب.

(٣) انظر "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٦/٣ بتصرف.

(٥) "العناية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٦٥/٣ـ٢٦٦ (هامش "فتح القدير").

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٧/٣.

(وإذنُهُ لعبدِهِ في النِّكاحِ يَنتظِمُ جائزَهُ وفاسدَهُ، فيُباعُ العبدُ لمهرِ مَن نكَحَها فاسداً بعد إذنِهِ...

التَّطليقَ بالإجازةِ، فيَملِكُ الأمرَ به بخلاف المولى، وهذا مختارُ صاحب "المحيط"، وفي "الفتح"[(١)]: ((أنَّه الأوجهُ))، ومختارُ "الصَّدرِ الشَّهيد" و"نجم الدِّين النَّسفيِّ": ((أنَّه ليس بإجازةٍ))، فلا فرقَ بينهما، وعلى هذا الاختلافِ إذا طَلَّقَها الزَّوجُ، وفي "جامع الفصولين"[(٢)]: ((أنَّ هذا الاختلافَ في الطَّلقةِ الواحدةِ، أمَّا لو طلَّقَها [٣/ق١٣١/أ] ثلاثاً فهي إجازةٌ اتِّفاقاً، وعليه فينبغي أنْ تَحرُمَ عليه لو طلَّقَها ثلاثاً؛ لأنَّه يصيرُ كأنَّه أجازَ أوَّلاً ثمَّ طلَّقَ)) اهـ، وبه صرَّحَ "الزَّيلعيُّ"[(٣)]، "بحر"[(٤)].

[١٢٣٧٣] (قولُهُ: وإذنُهُ لعبدِهِ إلخ) أطلَقَهُ فشَمِلَ ما إذا أَذِنَ له في نكاحِ حُرَّةٍ أو أَمَةٍ مُعيَّنةٍ أو لا، فما في "الهداية"[(٥)] من التَّقييدِ بالأَمَةِ والمعيَّنةِ اتِّفاقيٌّ، "بحر"[(٦)].

[١٢٣٧٤] (قولُهُ: بعدَ إذنِهِ) متعلِّقٌ بـ ((نكَحَها))، وقيَّدَ به لئلاَّ يُتوهَّمَ أنَّ قولَه: ((وإذنُهُ

(قولُهُ: وفي "جامعِ الفُصُولَيْن": أنَّ هذا الاختلافَ إلخ) عبارتُهُ: ((الطَّلاقُ في النِّكاحِ المَوقُوفِ قيل: إجازَةٌ، وقيل: لا، وقيل: هذا الاختلافُ في الطَّلْقةِ الواحدَةِ، أمَّا لو طَلَّقها ثلاثاً فهو إجازةٌ وِفَاقاً، وقيل: هذا الاختلافُ فيما لو طَلَّقها قبلَ أن يَبْلُغَهُ الخَبَرُ، أمَّا لو بَلَغَهُ الخَبَرُ فقال: طَلَّقْتُها فهو إجازةٌ وِفَاقاً)) اهـ.

(قولُهُ: مُتعلِّقٌ بـ: نَكَحَها إلخ) إشارةٌ لرَدِّ ما قاله "ط": ((أنَّه لا حاجةَ إلى قولِهِ: ((بعدَ إذْنِهِ))؛ لأنَّه موضوعُ المسألةِ إلاَّ أنَّه أشارَ به إلى أنَّه لو صَدَرَ فاسداً من غيرِ إذْنٍ ثمَّ أَذِنَ كانَ الحُكْمُ واحداً)) اهـ. بأنَّه مُتعلِّقٌ بـ: نكَحَها، وقيَّدَ به لئلاَّ يُتَوهَّمَ أنَّ قولَهُ: ((وإذْنُه لعبدِهِ))، يدخلُ فيه الإذْنُ بعد النِّكاحِ؛ لأنَّ الإذْنَ: ما يكونُ بعد الوُقُوعِ، أي: فالصُّورةُ المَذكورةُ ليس الحُكْمُ فيها مُساوياً لِمَا في "المُصنِّفِ"، وقولُهُ: ((لأنَّ الإذنَ ما يكونُ قبلَ الوُقُوعِ)) لرَدِّ هذا التَّوهُّمِ، لكنْ فيما قالَهُ تأمُّلٌ؛ إذِ الإذنُ يقالُ لِمَا بعد الوُقُوعِ أيضاً، ويكونُ إجازةً لِمَا وَقَعَ، كما قدَّمَه. والظَّاهرُ اتِّحادُ الصُّورتَيْن في الحُكْمِ فيظهَرُ لُزُومُ المهْرِ فيهما في حقِّ السَّيِّدِ إلاَّ أنَّ الإشارةَ الَّتي ذكَرَها "ط" للصُّورةِ المَذكُورةِ بزيادةِ قولِهِ: ((بعد إذْنِهِ)) غيرُ ظاهرةٍ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٦٦.
(٢) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والعشرون في تصرفات الفضولي وأحكامها ١/٣١٠.
(٣) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/١٦٢.
(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٦ ـ٢٠٧ بتصرف.
(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ١/٢١٦.
(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٩ بتصرف.

فوَطِئَها) خلافاً لهما، ولو نَوَى المولى الصَّحيحَ فقط تقيَّدَ به، كما لو نَصَّ عليه، ولو نَصَّ على الفاسدِ...

لعبدِهِ)) يَدخُلُ فيه الإذنُ بعدَ النِّكاح؛ لأنَّ الإذن ما يكونُ قبلَ الوقوع على ما مَرَّ[١] بيانُهُ، فافهم.

[١٢٣٧٥] (قولُهُ: فوَطِئَها) قيَّدَ به لأنَّ المهر لا يَلزَمُ في الفاسد إلاَّ به، "ط"[٢].

[١٢٣٧٦] (قولُهُ: خلافاً لهما) فعندهما الإذنُ لا يَتناولُ إلاَّ الصَّحيحَ، فلا يُطالَبُ بالمهرِ في الفاسدِ إلاَّ بعدَ العتق.

[١٢٣٧٧] (قولُهُ: تقيَّدَ به) أي: ويُصدَّقُ قضاءً وديانةً، قال في "النَّهر"[٣]: ((واعلم أنَّه ينبغي أنْ يُقيَّدَ[٤] الخلافُ بما إذا لم يَنْوِ المولى الصَّحيحَ فقط، فإنْ نَواهُ تقيَّدَ به أَخْذاً من قولهم: لو حلَفَ أنَّه ما تزوَّجَ في الماضي يَتناوَلُ يمينُهُ الفاسدَ أيضاً، قال في "التَّلخيص"[٥]: ولو نَوَى الصَّحيحَ صُدِّقَ دِيانةً وقضاءً وإنْ كان فيه تخفيفٌ رعايةً لجانبِ الحقيقةِ)) اهـ "نهر"[٦].

[١٢٣٧٨] (قولُهُ: كما لو نَصَّ عليه) أي: فإنَّه يتقيَّدُ به اتِّفاقاً أيضاً كما بحَثَهُ في "البحر"[٧]

(قولُهُ: كما بَحثَهُ في "البحر" إلخ) عبارتُهُ: ((وقيَّدَ بكونِهِ أذِنَهُ بالنِّكاحِ ولَمْ يُقيِّدْهُ؛ لأنَّه لو قيَّدَهُ بأنْ أَذِنَ له في النِّكاحِ الفاسِدِ فإنَّه يَتقيَّدُ به اتِّفاقاً، قال في "البدائع": ولو أُذِنَ له في النِّكاحِ الفاسِدِ نصّاً ودخَلَ بها فإنَّه يَلزَمُه المهْرُ في قولِهم جميعاً، أمَّا على أصْلِ "أبي حنيفةَ" فظاهرٌ، وأمَّا على أصْلِهما فلأنَّ الصَّرْفَ إلى الصَّحيحِ لضَرْبِ دَلالَةٍ أوجبَتْ إليه، فإذا جاء النَّصُّ بخلافِهِ بطَلَتِ الدَّلالَةُ، انتهى. ومُقتضاهُ: أنَّه لو قيَّدَ بالصَّحيحِ فإنَّه يتقيَّدُ به اتِّفاقاً، وأنَّه لو تزوَّجَ صحيحاً في صُورةِ التَّقييدِ بالفاسِدِ فإنَّه لا يَصحُّ اتِّفاقاً)) اهـ فتأمَّل.

---

(١) المقولة [١٢٣٦٨] قوله: ((إجازة)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٢/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب ـ ق١٩٠/أ.

(٤) في "ب": ((بقيد))، وهو خطأ.

(٥) أي: "تلخيص الخلاطي على الجامع الكبير" للإمام "محمد". انظر "كشف الظنون" ٤٧٢/١، و"الجواهر المضية" ١٨٠/٣.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٨٩/ب ـ ق١٩٠/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

صَحَّ، وصَحَّ الصَّحيحُ أيضاً، "نهر". (ولو نكَحَها ثانياً) صحيحاً (أو) نكَحَ (أخرى بعدَها صحيحاً وقَفَ على الإجازةِ) لانتهاءِ الإذنِ بمَرَّةٍ، وإنْ نَوَى مِراراً ــ ولو مرَّتين ـ صَحَّ؛ لأنَّهما كلُّ نكاحِ العبدِ،..........................

أخذاً مما بعده.

[١٢٣٧٩] (قولُهُ: صَحَّ) أي: فإذا دخَلَ بها يَلزَمُهُ المهرُ في قولِهم جميعاً، "بحر"[١] عن "البدائع"[٢].

[١٢٣٨٠] (قولُهُ: وصَحَّ الصَّحيحُ أيضاً) أي: اتِّفاقاً، وهذا ما بَحَثَهُ في "النَّهر"[٣] على خلافِ ما بَحَثَهُ في "البحر"[٤]: ((من أنَّه لا يصحُّ اتِّفاقاً))، وإذا تأمَّلتَ كلامَ كلٍّ منهما يَظهَرُ لك أرجحيَّةُ ما في "البحر" كما أوضحتُهُ فيما علَّقتُهُ عليه، ويأتي[٥] قريباً بعضُ ذلك.

[١٢٣٨١] (قولُهُ: ولو نكَحَها ثانياً) أي: بعدَ الفاسد، وهذا عطفٌ على قولِهِ: ((فيُباعُ إلخ))، فهو أيضاً من ثمرةِ الخلافِ؛ لأنَّه إذا انتظَمَ الفاسدَ عنده ينتهي به الإذنُ، وإذا لم يَنتظِمهُ لا ينتهي به عندهما، فله أنْ يتزوَّجَ صحيحاً بعدَهُ بها أو بغيرِها.

[١٢٣٨٢] (قولُهُ: لانتهاءِ الإذنِ بمَرَّةٍ) ومثلُ الإذنِ الأمرُ بالتَّزويجِ كما لو قال له: تَزَوَّجْ؛ فإنَّه لا يتزوَّجُ إلاَّ مرَّةً واحدةً؛ لأنَّ الأمرَ لا يقتضي التَّكرارَ، وكذا إذا قال: تَزَوَّجِ امرأةً؛ لأنَّ قوله: امرأةً اسمٌ لواحدةٍ من هذا الجنس، "بحر"[٦] عن "البدائع"[٧].

[١٢٣٨٣] (قولُهُ: وإنْ نَوَى مِراراً إلخ) أي: لو قال لعبده: تَزَوَّجْ، ونَوَى به مرَّةً بعد أخرى

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٢) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: بيان شرائط الجواز ٢٣٦/٢.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٥) المقولة [١٢٣٨٨] قوله: ((لا يملك الصحيح)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٧) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: بيان شرائط الجواز ٢٣٦/٢.

وكذا التَّوكيلُ بالنِّكاحِ (بخلافِ التَّوكيلِ به) فإنَّه لا يتناولُ الفاسدَ، فلا ينتهي به،..

لم يصحَّ؛ لأنَّه عددٌ محضٌ، ولو نَوَى ثنتين يصحُّ؛ لأنَّ ذلك كلُّ نكاحِ العبدِ؛ إذ العبدُ لا يَملِكُ التَّزوُّجَ بأكثرَ من [٣/ق١٣١/ب] ثنتين، "بحر"[1] عن "شرح المغني" لـ "الهنديِّ".

وحاصلُهُ: أنَّ الأمر يتضمَّنُ المصدرَ، وهو للفردِ الحقيقيِّ أو الاعتباريِّ، أي: جملةِ ما يَملِكُهُ دون العددِ المحضِ، كما قالوا في: طَلِّقِ امرأتي ونَوَى الواحدةَ أو الثَّلاثَ: يصحُّ دون الثِّنتين.

[١٢٣٨٤] (قولُهُ: وكذا التَّوكيلُ بالنِّكاحِ) بأنْ قال: تَزَوَّجْ لي امرأةً لا يَملِكُ أنْ يُزوِّجَهُ إلاَّ امرأةً واحدةً، ولو نَوَى المُوكِّلُ الأربعَ ينبغي أنْ يجوزَ على قياسِ ما ذكرنا؛ لأنَّه كلُّ جنسِ النِّكاحِ في حقِّه، ولكنِّي ما ظَفِرْتُ بالنَّقل، كذا في "شرح المغني" لـ "الهنديِّ" في بحث الأمر، "بحر"[2]، فافهم. لكنَّ نيَّةِ الأربعِ إنَّما تصحُّ إذا لم يَقُل: امرأةً، أمَّا لو قالَهُ كما هو تصويرُ المسألة قبلَهُ فلا كما أفادَهُ "الرَّحمتيُّ"، ويُؤيِّدُهُ ما مَرَّ[3] آنفاً عن "البدائع": ((من أنَّ المرأةَ اسمٌ لواحدةٍ من هذا الجنسِ)).

[١٢٣٨٥] (قولُهُ: بخلافِ التَّوكيلِ به) أي: توكيلِ مَن يريدُ النِّكاحَ به، وهذا مرتبطٌ بقول "المصنِّف": ((والإذنُ بالنِّكاحِ يَنتظِمُ جائزَهُ وفاسدَهُ)).

[١٢٣٨٦] (قولُهُ: فإنَّه لا يَتناوَلُ الفاسدَ) لأنَّ النِّكاحَ الفاسدَ ليس بنكاحٍ؛ لأنَّه لا يُفيدُ شيئاً من أحكامِ النِّكاح، ولهذا لو حلَفَ لا يتزوَّجُ فتزوَّجَ نكاحاً فاسداً لا يَحنَثُ بخلافِ البيع، يجوزُ في قول "أبي حنيفة"؛ لأنَّ الفاسد بيعٌ يفيدُ حكمَ البيع وهو الملكُ، ويدخلُ في يمينِ البيع

(قولُهُ: بخلاف البيعِ، يجوزُ في قوْلِ "أبي حنيفةَ" إلخ) عبارةُ "الخانيَّة": ((رجلٌ وَكَّلَ رجُلاً أنْ يزوِّجَهُ امرأةً نكاحاً فاسداً فزوَّجهُ امرأةً نكاحاً جائزاً لَم يَجُز؛ لأنَّ النِّكاحَ الفاسِدَ ليس بنكاحٍ؛ لأنَّه لا يُفيدُ شيئاً

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٣) المقولة [١٢٣٨٢] قوله: ((لانتهاء الإذن بمرة)).

به يُفتَى، والوكيلُ بنكاحٍ فاسدٍ لا يَملِكُ الصَّحيحَ بخلافِ البيعِ، "ابن ملكٍ". وفي "الأشباه"[1] من قاعدةِ: الأصلُ في الكلامِ الحقيقةُ:........

فيَحنَثُ به، "خانيَّة"[2].

[١٢٣٨٧] (قولُهُ: به يُفتَى) عبارةُ "البحر"[3]: ((فلا ينتهي به اتِّفاقاً، وعليه الفتوى كما في "المصفَّى"))، وأسقَطَ "الشَّارح" ((اتِّفاقاً)) لأنَّ قوله: ((وعليه الفتوى)) يُشعِرُ بالخلافِ، وإرجاعُ ضميرِ ((عليه)) إلى الاتِّفاق فيه نظرٌ؛ إذ لا معنى للإفتاءِ بالاتِّفاق، فافهم.

٣٧٤/٢

[١٢٣٨٨] (قولُهُ: لا يَملِكُ الصَّحيحَ) لأنَّه قد يكونُ له غرضٌ في الفاسدِ وهو عدمُ لزومِ المهرِ بمجرَّدِ العَقْدِ، فإنَّه لا يَلزَمُ إلاَّ بالوطءِ، وفي الصَّحيح يَلزَمُ المهرُ بمجرَّدِ العَقْدِ، ويتأكَّدُ بالخلوةِ والموتِ ولو بدُونِ وطءٍ، ففيه إلزامٌ على المُوكِّل بما لم يَلتزِمْهُ، وهذا يُؤيِّدُ ما بحَثَهُ في "البحر" كما مَرَّ[4] عند قولِهِ: ((وصَحَّ الصَّحيحُ أيضاً)).

[١٢٣٨٩] (قولُهُ: بخلافِ البيعِ) أي: بخلافِ الوكيل ببيعٍ فاسدٍ، فإنَّه يَملِكُ الصَّحيحَ؛

من أحكام النِّكاحِ، ولهذا لو حَلَفَ أنْ لا يَتزوَّجَ فتزوَّجَ نكاحاً فاسداً لا يَحْنثُ، وهذا بخلافِ البَيْعِ إذا وَكَّلَهُ بالبيعِ الفاسدِ فبَاعَ بيعاً جائزاً جازَ في قوْلِ "أبي حنيفةَ" إلخ))، وبهذا تعلَمُ أنَّ ما فيها فيما إذا قَيَّدَ في الوَكَالَةِ بالفاسدِ، وكلامُهُ فيما إذا أطلَقَ، وما فيها مُؤيِّدٌ لبحث "البحر".

(قولُهُ: إذْ لا مَعْنى للإفتاء بالاتِّفاقِ إلخ) لا مانعَ مِن إرجَاعِ ضميرِ عليه للاتِّفاقِ، والقصْدُ بيانُ أنَّ القوْلَ بالاتِّفاقِ هو الصَّحيحُ المُفتَى به المُعَوَّلُ عليه في هذه المسألةِ لا القوْلُ بالخلافِ.

---

(١) "الأشباه والنظائر": القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك ـ الأصل في الكلام الحقيقة، صـ٧٨ـ٧٩ـ بتصرف.

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ الباب الأول: فيما يتعلق به انعقاد النكاح ـ فصل في الوكالة ٣٤٧/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٤) المقولة [١٢٣٨٠] قوله: ((وصحَّ الصحيح أيضاً)).

((الإذنُ في النِّكاحِ والبيعِ، والتَّوكيلُ بالبيع يَتناوَلُ الفاسدَ، وبالنِّكاحِ لا،.........

لأنَّ البيعَ الفاسدَ بيعٌ حقيقةً؛ لإفادتِهِ الملكَ بعدَ القبض بخلاف النِّكاح الفاسد[1] كما مَرَّ[2].

[١٢٣٩٠] (قولُهُ: الإذنُ في النِّكاحِ) الأَولى[3]: بالنِّكاح بالباء، والمرادُ الإذنُ للعبدِ المحجورِ، وهو فكُّ الحَجْرِ[4] وإسقاطُ الحقِّ؛ لأنَّ العبد له أهليَّةُ التَّصرُّفِ في نفسِهِ، وإنما حُجرَ عنه لحقِّ المولى، فبالإذن [٣/ق١٣٢/أ] يتصرَّفُ لنفسِهِ بأهليَّتِهِ، وعند "زفرَ" و"الشَّافعيِّ" هو توكيلٌ وإنابةٌ كما سيأتي[5] في بابه إنْ شاء الله تعالى.

والظَّاهرُ: أنَّ هذا غيرُ خاصٍّ بالعبدِ؛ لأنَّه يقال: أَذِنْتُ لزيدٍ بأكلِ طعامي أو بسُكْنى داري، ففيه فَكُّ حجرٍ وإسقاطُ حقٍّ، وكذا يقال: أَذِنْتُ له ببَيْعِ داري، فيكونُ بمعنى الإحلالِ والإعارةِ والتَّوكيلِ، وإنما لم يكن الإذنُ للعبدِ توكيلاً عندنا لِما علمتَ من أنَّه بالإذنِ يتصرَّفُ لنفسِهِ لا بطريقِ النِّيابةِ عن المولى.

[١٢٣٩١] (قولُهُ: والتَّوكيلُ بالبيعِ) أي: توكيلُ أجنبيٍّ به، وقولُ "البحر"[6]: ((أشار "المصنِّف" إلى أنَّ الإذنَ بالبيع ـ وهو التَّوكيلُ به ـ يَتناوَلُ الفاسدَ بالأَولى اتِّفاقاً)) يُوهِمُ أنَّ الإذن هو التَّوكيلُ، لكنْ قد علمتَ أنَّه ليس عينَهُ مطلقاً، بل قد يُطلَقُ عليه، فمرادُهُ الإذنُ الذي بمعنى توكيلِ الأجنبيِّ لا إذنُ العبدِ، تأمَّل.

[١٢٣٩٢] (قولُهُ: وبالنِّكاحِ لا) أي: والتَّوكيلُ بالنِّكاحِ لا يَتناوَلُ الفاسدَ كما مَرَّ[7].

(قولُهُ: لأنَّ البَيعَ الفاسِدَ بيعٌ حقيقةً إلخ) هو وإنْ كان بيعاً حقيقةً إلاَّ أنَّه لا يُوجِبُ البدَلَ بمُجرَّدِ العَقْدِ، وقد يكونُ له غَرَضٌ فيه.

---

(١) في "د" زيادة: ((شُمُنِّي)). ق١٦٧/أ.

(٢) المقولة [١٢٣٨٦] قوله: ((فإنه لا يتناول الفاسد)).

(٣) في "م": ((الأول))، وهو خطأ.

(٤) ((وهو فك الحجر)) ساقط من "الأصل".

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٩٠٣] قوله: ((عن العبد المأذون)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٠٩.

(٧) المقولة [١٢٣٨٦] قوله: ((فإنه لا يتناول الفاسد)).

واليمينُ على نكاحٍ وصلاةٍ وصومٍ وحجٍّ وبيعٍ إنْ كانَتْ على الماضي يَتناوَلُهُ[١]، وإنْ على المستقبلِ لا)).

(ولو زَوَّجَ عبداً له مأذوناً مديوناً صَحَّ،.........................

[١٢٣٩٣] (قولُهُ: واليمينُ على نكاحٍ) كما إذا حلَفَ لا يتزوَّجُ؛ فإنَّه لا يَحنَثُ إلاَّ بالصَّحيحِ، وأمَّا إذا حلَفَ أنَّه ما تزوَّجَ في الماضي فإنَّه يَتناوَلُ الصَّحيحَ والفاسدَ أيضاً؛ لأنَّ المراد في المستقبل الإعفافُ وفي الماضي وقوعُ العَقْدِ، "بحر"[٢] عن "المبسوط".

[١٢٣٩٤] (قولُهُ: وصلاةٍ) يقالُ على قياسِ ما تقدَّمَ: إنَّ يمينَهُ في الماضي مُنعَقِدةٌ على صورةِ الفعل وقد وُجِدَتْ، بخلافِها في المستقبلِ فمُنعَقِدةٌ على المتهيِّئةِ للثَّوابِ، وهو لا يحصلُ بالفاسدِ، ومثلُها الصَّومُ والحجُّ، "ط"[٣].

قلت: وسيأتي[٤] في الأيمان: ((حلَفَ لا يصومُ حَنِثَ بصومِ ساعةٍ بنيَّةٍ وإنْ أفطَرَ لوجودِ شرطِهِ، ولو قال: صوماً أو يوماً حَنِثَ بيومٍ، وحَنِثَ في: لا يُصلِّي بركعةٍ، وفي: لا يُصلِّي صلاةً بشَفْعٍ، وفي: لا يَحُجُّ لا يَحنَثُ حتَّى يقفَ بعرفةَ عن "الثَّالث"، أو حتَّى يَطُوفَ أكثرَ الطَّوافِ عن "الثَّاني")) اهـ.

وبه عُلِمَ أنَّ المراد بالصَّحيحِ في المستقبل ما يتحقَّقُ به الفعلُ المحلوفُ عليه شرعاً مع شرائطِهِ، وذلك في الصَّومِ بساعةٍ وفي الصَّلاةِ بركعةٍ وإنْ أفسَدَهُ بعدَهُ، تأمَّل.

[١٢٣٩٥] (قولُهُ: صَحَّ) أي: النِّكاحُ؛ لأنَّه يَبتني على مِلكِ الرَّقبةِ، وهو باقٍ بعدَ الدَّينِ كما هو قبلَهُ، "بحر"[٥].

---

(١) في "د" و"و": ((تناوله)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٠٩/٣.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٣/٢.

(٤) انظر المقولة [١٨١٢٤] قوله: ((لوجود شرطه)).

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

وساوَتِ) المرأةُ (الغرماءَ[١][٢] في مهرِ مثلِها) والأقلِّ (والزَّائدُ) عليه (تُطالِبُ[٣] به) بعد استيفاءِ الغرماء (كدَيْنِ الصِّحَّةِ مع) دينِ (المرضِ)........

[١٢٣٩٦] (قولُهُ: وساوَتِ الغُرَماءَ) أي: أصحابَ الدُّيونِ، وفيه تصريحٌ بأنَّ المهر كسائرِ الدُّيون، فلو ماتَ العبدُ وكان له كسبٌ يُوفَّى منه، وما في "الفتح"[٤] عن "التَّمرتاشيِّ": ((لو مات العبدُ سقَطَ المهرُ والنَّفقةُ)) [٣/ق١٣٢/ب] يجبُ حملُهُ في المهرِ على ما إذا لم يَترُكْ شيئاً، "نهر"[٥]. وأصلُ هذا الاستخراجِ والتَّوفيقِ لصاحب "البحر"[٦].

[١٢٣٩٧] (قولُهُ: والأقلِّ) أي: إنْ كان المهرُ المسمَّى أقلَّ من مهرِ المثلِ تُساوِي الغُرَماءَ فيه، ولم يَذكُره "المصنِّفُ" لعلمِهِ بالأَولى.

[١٢٣٩٨] (قولُهُ: والزَّائدُ عليه إلخ) أي: إذا كان المسمَّى أكثرَ من مهرِ المثلِ فإنَّها تُساويهم في قَدْرِهِ، والزَّائدُ عليه يُطالَبُ به بعدَ استيفاءِ الغُرَماءِ، "بحر"[٧]، أي: فيَسعَى لها به إنْ بقي في مِلكِ مولاه، أو تَصبِرُ إلى أنْ يَعتِقَ، ولو باعَهُ الغُرَماءُ معها ليس لها بيعُهُ ثانياً لأَخْذِ الزَّائدِ؛ لأنَّه لا يُباعُ في المهرِ مرَّتين كما حرَّرناهُ فيما مرَّ[٨]، تأمَّلْ.

[١٢٣٩٩] (قولُهُ: كدَيْنِ الصِّحَّةِ) أي: إذا كان على المريضِ دَيْنُ صحَّةٍ ـ وهو ما ثَبتَ ببيِّنةٍ مطلقاً أو بإقرارِهِ صحيحاً ـ قُدِّمَ على دَيْنِ المرضِ، وهو ما أَقرَّ به مريضاً؛ لأنَّ فيه إضراراً بالغُرَماءِ،

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ساوت المرأة غرماءهُ إلخ، أي: غرماءَ العبد فيقسم بينهم وبينها على قدر الحقوق، وهذا إذا كان بمهر المثل أو أقلَّ منه؛ لأنَّه لو زاد على قدر مهر المثل لم تكن المرأة أُسوةً للغرماء فيما زاد، بل يؤخَّر حقُّها إلى استيفاء الغرماء ديونهم، كذا في "النِّهاية")). ق١٦٧/أ.

(٢) في "د" و"و": ((غرماءه)).

(٣) في "د" و"م": ((يُطَالَبُ)).

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٦٥.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠.

(٨) المقولة [١٢٣٥٦] قوله: ((وفي المهر مرة)).

إلاَّ إذا باعَهُ منها كما مَرَّ.

(ولو زَوَّجَ بنتَهُ مكاتبَهُ ثمَّ مـات لا يَفسُـدُ النِّكـاحُ) لأنَّهـا لم تَملِـكِ المكـاتبَ بموتِ أبيها (إلاَّ إذا عجزَ فرُدَّ[1] في الرِّقِّ) فحينئذٍ يَفسُدُ.........

فيُقضَى بعد قضاءِ دُيُونِهم.

[١٢٤٠٠] (قولُهُ: إلاَّ إذا باعَهُ منها) في "الخانيَّـة"[2]: ((زَوَّجَـهُ بـألفٍ وباعَـهُ منهـا بتسعِمائةٍ وعليه دَيْنُ ألفٍ، فأجازَ الغريمُ البيعَ كانت التِّسعُمائةِ بينهما، يُضـرَبُ الغريـمُ فيهـا بـألفٍ والمـرأةُ بألفٍ، ولا تَتْبَعُهُ المرأةُ بعد ذلك، ويَتْبَعُهُ الغريمُ بما بقيَ من دَيْنِهِ إذا عتَقَ)) اهـ.

وقولُهُ: ((ولا تَتْبَعُهُ)) بتاءينِ ثمَّ باءٍ مُوحَّدةٍ، أي: لا تُطالِبُهُ بما بقيَ مـن مهرِهـا؛ لأنَّه صارَ مِلْكَها وانفسَخَ النِّكاحُ، والسَّيِّدُ لا يَستوجِبُ على عبدِهِ مالاً بخلاف ما بقيَ للغريمِ، فإنَّه بـاقٍ في ذِمَّةِ العبدِ، فيُطالِبُهُ به بعدَ عتقِهِ، أمَّا قبلَهُ فلا؛ لِما مَرَّ[3] من أنَّ العبد لا يُباعُ في دينٍ أكثرَ مِن مـرَّةٍ إلاَّ النَّفقةَ، ولأنَّ الغريمَ لَمَّا أجازَ بيعَ المولى منها تعلَّقَ حقُّهُ في القيمـةِ فقـط، ولا يخفـى أنَّ للمـرأةِ بيعَهُ وعتقَهُ كما لو باعَهُ المولى من غيرِها، ولا يَمنَعُ من بيعِهِ تعلُّقُ الدَّينِ برقبتِـهِ إلى مـا بعـدَ عتقِـهِ لِما قلنا، فما قيل من أنَّه ليس لها بيعُهُ لتعلُّقِ حقِّ الغريـمِ بـه فهـو وَهْـمٌ مَنْشَـؤُهُ التَّصحيـفُ، ولـو كانت النُّسخةُ: ولا تَبيعُهُ ويَبيعُهُ الغريمُ من البيع نافَى قولَهُ: ((إذا عتَقَ))، فافهم.

[١٢٤٠١] (قولُهُ: كما مَرَّ[4]) أي: قبيلَ قولِهِ: ((ولو زَوَّجَ المولى أَمَتَهُ من عبدِهِ))، "ح"[5].

[١٢٤٠٢] (قولُهُ: بنتَهُ) المرادُ مَن تَرِثُهُ من النِّساءِ بعدَ موتِـهِ، سـواءٌ كـانت بنتـاً أو بنـتَ ابـنٍ أو أختاً، "ط"[6]. /٣٧٥

[١٢٤٠٣] (قولُهُ: لأنَّها لم تَملِكِ المُكاتَبَ) لأنَّه لا يَحتمِلُ النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ مـا لـم يَعجزْ،

---

(١) في "ط": ((فرض)).

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ٣٨٣/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [١٢٣٥٦] قوله: ((وفي المهر مرة)).

(٤) المقولة [١٢٣٥٧] قوله: ((إلا إذا باعه منها)).

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٧٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٣/٢.

للتّنافي.

(زوَّجَ أَمَتَهُ) أو أمَّ ولدِهِ (لا تجبُ[1]) عليه (تبوئتُها)........................

وإنما تَملِكُ ما في ذِمَّتِهِ من بدلِ الكتابةِ، وأمَّا صحَّةُ عتقِها إيّاهُ فلأنَّه يَبرَأُ به عن بـدلِ الكتابـة أوَّلاً ثمَّ يَعتِقُ، "فتح"[2].[٣/ق١٣٣/أ]

[١٢٤٠٤] (قولُهُ: للتّنافي) أي: بينَ كونِهِ مالكاً لها وكونِها مالكةً له.

[١٢٤٠٥] (قولُهُ: أو أمَّ ولدِهِ) ومثلُها المُدبَّرةُ، ولا تدخلُ المُكاتَبةُ بقرينةِ قولِـهِ: ((فتَخدِمُـهُ))، أي: المولى؛ لأنَّ المُكاتَبةَ لا يَملِكُ المولى استخدامَها، فلذا تَجبُ النَّفقة لها بدون التَّبوئةِ، "بحر"[3]. وأمَّا نفقةُ الأولادِ فتكونُ على الأمِّ؛ لأنَّ ولدَ المُكاتَبـةِ دخَـلَ في كتابتِهـا، وتمامُـهُ في "شـرح أدب القضاء"[4] لـ "الخصّاف".

[١٢٤٠٦] (قولُهُ: لا تَجبُ تَبوِئتُها) هي في اللُّغةِ: مصدرُ بَوَّأتُـهُ مَـنزلاً، أي: أَسـكنتُهُ إيّـاهُ. وفي الاصطلاح ـ على ما في شرحِ النَّفقاتِ لـ "الخصّاف"[5] ـ : ((أنْ يُخلِّيَ المولى بين الأَمَةِ وبـين زوجِهـا ويَدفَعَها إليه ولا يَستخدِمَها[6]، أمَّا إذا كانَتْ تذهـبُ وتجيءُ وتَخـدِمُ مولاهـا لا تكـونُ تبوئـةً)) اهـ "بحر"[7]. وقال[8] قبلَهُ: ((وقيَّدَ بالتَّبوئةِ لأنَّ المولى إذا استوفَى صَداقَها أُمِرَ أنْ يُدخِلَها على زوجِها وإنْ لم يَلزَمْهُ أنْ يُبوِّئَها، كذا في "المبسوط"[9]، ولذا قال في "المحيط": لو باعَها بحيث لا يَقدِرُ الزَّوجُ عليهـا سقَطَ مهرُها كما سيأتي في مسألةِ ما إذا قتَلَها)) اهـ، أي: سقَطَ لو قبلَ الوطءِ.

هذا، وفيما نقَلَهُ عن "الخصّاف" وما نقَلَهُ عن "المبسوط" شِبْهُ التّنافي؛ لأنَّ الأوَّلَ أفادَ أنَّـه لا بـدَّ

---

(١) في "د" و"و": ((يجب)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٦٨/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٠/٣.

(٤) انظر "شرح أدب القضاء": الباب الخامس والتسعون في العبد يتزوج وما يلزمه من نفقة ٣٣٦/٤.

(٥) انظر "شرح أدب القضاء": الباب التسعون في نفقة المرأة ـ نفقة المرأة المملوكة ٢٢٧/٤.

(٦) في "د" زيادة: ((انتهى. شُمُنِّي)). ق١٦٧/أ.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١١/٣ بتصرف وفيه: ((الخصّاف)) بدل(("شرح نفقات الخصاف")).

(٨) أي: في "البحر".

(٩) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الإماء والعبيد ١١٥/٥.

وإنْ شرَطَها في العقدِ، أمَّا لو شرَطَ الحرُّ[(١)].............................

في تحقُّقِ معنى التَّبوئةِ اصطلاحاً من تسليمِ الأَمَةِ إلى الزَّوجِ، والثَّاني أفادَ أنَّ التَّسليمَ إليه بعدَ قبضِ الصَّداقِ واجبٌ، وعدمُ وُجُوبِ التَّبوئةِ يُنافي وجوبَ التَّسليمِ المذكورِ، والجوابُ ما أفادَهُ في "النَّهر"[(٢)]: ((من أنَّ التَّسليمَ الواجبَ يُكتَفَى فيه بالتَّخليةِ بل بالقولِ، بأنْ يقولَ له المولى: متى ظَفِرْتَ بها وَطِئتَها كما صرَّحَ به في "الدِّراية"، والتَّبوئةَ المنفيَّةَ أمرٌ زائدٌ على ذلك لا بدَّ فيها من الدَّفعِ، والاكتفاءُ فيها بالتَّخليةِ ـ كما ظَنَّ بعضُهم ـ غيرُ واقعٍ)) اهـ. وهذا أَولى مما أجابَ به "المقدسيُّ": ((من أنَّ المراد بالتَّبوئةِ المنفيَّةِ التَّبوئةُ المستمِرَّةُ)).

[١٢٤٠٧] (قولُهُ: وإنْ شرَطَها) لأنه شرطٌ باطلٌ؛ لأنَّ المُستحَقَّ للزَّوجِ مِلكُ الحِلِّ لا غيرُ؛ لأنَّه لو صَحَّ الشَّرطُ لا يخلو: إمَّا أنْ يكونَ بطريقِ الإجارةِ أو الإعارةِ، فلا يصحُّ الأوَّلُ لجهالةِ المُدَّة، ولا الثَّاني؛ لأنَّ الإعارةَ لا يتعلَّقُ بها اللُّزومُ، "بحر"[(٣)].

[١٢٤٠٨] (قولُهُ: أمَّا لو شرَطَ الحُرُّ إلخ) بيانٌ للفَرْقِ بين المسألتين، وهو أنَّ اشتراطَ حُرِّيَّةِ الأولاد وإنْ كان لا يَقتضِيه نكاحُ الأَمَةِ أيضاً إلاَّ أنَّه صَحَّ؛ لأنَّه في معنى تعليقِ الحرِّيَّةِ بالولادةِ، والتَّعليقُ صحيحٌ، ويَمتنِعُ الرُّجوعُ عنه؛ [٣/ق١٣٣/ب] لأنَّه يَثبُتُ مقتضاه جَبْراً بخلافِ اشتراطِ التَّبوئةِ؛ لأنَّه يتوقَّفُ وجودُها على فعلٍ حسِّيٍّ اختياريٍّ؛ لأنَّه وَعْدٌ يجبُ الإيفاءُ به، غيرَ أنَّه إذا لم يَفِ به لا يَثبُتُ مُتعلَّقُهُ، أعني: نفسَ الموعودِ به، "فتح"[(٤)] ملخَّصاً، وأقرَّهُ في "البحر"[(٥)] و"النَّهر"[(٦)].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: أما لو شرط الحرُّ إلخ، مقتضاه: أنَّ العبد ليس كذلك، لكن في "الخانية" وكذا في "الخلاصة" معزيّاً إلى "الجامع الصغير": رجلٌ تزوَّج أمةً على أنَّ كلَّ ولد تلده فهو حرٌّ، جاز النِّكاح والشَّرط، والأولاد أحرار؛ لأنَّه لو لم يكن الشَّرط يكون الأولاد أرقَّاء فكان الشَّرط مفيداً، انتهى. ومثله في "القنية" و"التاترخانية" و"البزَّازية".)). ق١٦٧/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠ـ٢١١ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٦٩.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١١.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/أ ـ ب.

....

ومقتضى وجوبِ الوفاء به أنّه شرطٌ غيرُ باطلٍ، لكنْ لا يَلزَمُ مِن صحَّتِهِ وجودُهُ بخلاف اشتراطِ الحرِّيَّة، لكنْ تقدَّمَ[١] التَّصريحُ بأنّه باطلٌ، وكذا صرَّحَ به في "كافي الحاكم"، فقال: ((لو شَرطَ ذلك للزَّوجِ كان هذا الشَّرطُ باطلاً، ولا يَمنَعُهُ أنْ يَستخدِمَ أَمَتَهُ[٢]))، ولعلَّ معنى وجوبِ الوفاءِ به أنّه واجبٌ ديانةً، ومعنى بُطلانِهِ أنّه غيرُ لازمٍ قضاءً، فتأمَّل.

(تنبيهٌ)

قال في "النَّهر"[٣]: ((وقيَّدَ الرَّجُلَ في "الفتح"[٤] بالحُرِّ، حتّى لو كان عبداً كانت الأولادُ عبيداً عندهما خلافاً لـ "محمَّدٍ")) اهـ. ونظَرَ فيه "ح"[٥]: ((بأنَّ التَّعليقَ المعنويَّ موجودٌ)).

قلت: وهو الذي يَظهَرُ، وهذا القيدُ غيرُ مُعتبَرِ المفهوم، ولذا لم يُقيَّدْ به في كثيرٍ من الكتب، وأمَّا ما ذكرَهُ في "النَّهر" من الخلافِ فإنّما رأيتُهم ذكروه[٦] في مسألةِ العبدِ المغرورِ إذا تَزوَّجَ امرأةً على أنّها حُرَّةٌ فظَهَرَتْ أَمَةً، بخلافِ الحُرِّ المغرورِ، فإنَّ أولادَهُ أحرارٌ بالقيمةِ اتِّفاقاً، فالظَّاهرُ أنَّ ما في "النَّهر" سبقُ نظرٍ، بقرينةِ أنّه ذكرَ مسألةَ المغرور ثمَّ قال: ((وقيَّدَ الرَّجُلَ في "الفتح" إلخ))، فاشتبَهَ عليه مسألةٌ بمسألةٍ، فليُراجَع.

(قولُهُ: فالظَّاهرُ أنَّ ما في "النَّهر" سَبْقُ نظَرٍ إلخ) ليس في عبارة "النَّهر" ما يقتضي أنَّ هذا التَّقييدَ جارٍ في مسألةِ اشْتِراطِ حُرِّيةِ الأولادِ، بل ذكَرَه عقِبَ ذكْرِ مسألةِ المَغْرُورِ فيُجْعَلُ قيداً لها، ولا يَرجِعُ لِمَا قبلَها من مسألةِ الاشتراطِ؛ حيثُ لم يُوجَدْ في كلامِهِم ما يُفيدُهُ فلا يَصحُّ نِسْبَتُه لِسَبْقِ النَّظَرِ مع عدَمِ ما يُفيدُهُ في كلامه، تأمَّل.

---

(١) في المقولة السابقة.

(٢) في "الأصل": ((الاستخدام منه)).

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٦٨.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٦) المقولة [١٢٤١٥] قوله: ((ولو ادعى الزوج)).

حرِّيَّةَ أولادِها فيه صَحَّ، وعتَقَ كـلُّ مَـن وَلَدَتْـهُ في هـذا النِّكـاحِ؛ لأنَّ قبـول المـولى الشَّرطَ والتَّزويجَ على اعتبارِهِ هو معنى تعليقِ الحرِّيَّـةِ بـالولادةِ، فيصـحُّ، "فتـح"[1]. ومُفادُهُ أنَّه لو باعَها أو ماتَ عنها قبل الوضعِ فلا حرِّيَّةَ،.......................

[١٢٤٠٩] (قولُهُ: حُرِّيَّةَ أولادِها) أي: أولادِ القِنَّةِ ونحوِهـا، وقولُـهُ: ((فيـه)) أي: في العَقْـدِ، والظَّاهرُ أنَّ اشتراطَها بعدَهُ كذلك، ويُحرَّرُ، "ط"[2].

[١٢٤١٠] (قولُهُ: في هذا النِّكاحِ) أمَّا لو طَلَّقَها ثـمَّ نكَحَهـا ثانيـاً فهُـمْ أرِقَّـاءُ، إلاَّ إذا شَـرَطَ كالأوَّلِ، "ط"[3].

[١٢٤١١] (قولُهُ: والتَّزويجَ) عطفٌ على ((قَبُولَ))، "ط"[4]. وهو أحسنُ مـن قـولِ "ح"[5]: ((إنَّه عطفٌ على الشَّرط)).

[١٢٤١٢] (قولُهُ: على اعتبارِهِ) حالٌ من ((التَّزويجَ))، والهاءُ للشَّرط، "ح"[6].

[١٢٤١٣] (قولُهُ: هو معنى إلخ) خـبرُ ((أنَّ))، "ح"[7]. فكأنَّـه قـال: إنْ وَلَـدْتِ أولاداً مـن هذا النِّكاحِ فهُمْ أحرارٌ، "ط"[8].

[١٢٤١٤] (قولُهُ: ومُفادُهُ) أي: مُفادُ التَّعليلِ المذكورِ، وذلك لأنَّ المعلَّقَ قبل وجودِ الشَّرطِ عـدمٌ،

(قولُهُ: والظَّاهرُ أنَّ اشتراطَها بعدَهُ كذلك، ويُحرَّر) الظَّاهرُ أنَّ اشـتراطَها بعدَهَـا لا يَكْفِـي لِمَـا أنَّ هذا تعليقٌ مَعْنىً ولم يُوجَدْ أَدَاتُهُ، بخلافِ ما إذا وُجِدَ في العَقْدِ فإنَّه يُشتَرَطُ في الموجودِ استقلالُ وُجُـودِهِ بشرائطِهِ، بخلافِ الموجودِ ضِمْناً فإنَّه لا يُشتَرَطُ وُجُودُه بشرائطِهِ كما هو معلُومٌ، تأمَّل.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٦٩ بتصرف.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٤.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٤.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٤.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٧/ب.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٤.

ولو ادَّعَى الزَّوجُ الشَّرطَ ولا بيِّنةَ له حلَفَ المولى، "نهر"[(١)]......................

ولا بدَّ له من بقاءِ الملك عندَ وجودِ الشَّرط، وهذا البحثُ لصاحب "البحر"[(٢)]، وأقرَّهُ عليه أخوه في "النَّهر"[(٣)] و"المقدسيُّ"، وقال في "البحر"[(٤)]: ((وقد ذكَرَ ذلك في "المبسوط"[(٥)] في التَّعليق صريحاً بقولِهِ: كلُّ ولدٍ تَلِدِينَهُ فهو حُرٌّ، فقال: لو ماتَ المولى وهي حُبلى لم يَعتِقْ ما تَلِدُهُ لفَقْدِ الملكِ؛ [٣/ق١٣٤/أ] لانتقالِها للورَثَةِ، ولو باعَها المولى وهي حُبلى جازَ بيعُهُ، فإنْ وَلَدَتْ بعدَهُ لم تَعتِقْ اهـ. إلاَّ أنْ يُفرَّقَ بين التَّعليقِ صريحاً والتَّعليقِ[(٦)] معنًى، و لم يَظهَرْ لي الآن)) اهـ.

قلت: يظهرُ لي الفَرْقُ بينهما من حيث إنَّ هذا التَّعليقَ المعنويَّ تعلَّقَ به حقُّ الزَّوجِ في ضمنِ العَقْدِ المقصودِ منه أصالةُ الولدِ، والرَّقيقُ ميتٌ حكماً، فصارَ المقصودُ به أصالةً حرِّيَّةَ الولدِ، فلا يكونُ في حكمِ التَّعليقِ الصَّريحِ، فلا يَبطُلُ بزوَالِ مِلكِ المولى، ونظيرُهُ المكاتبُ، فإنَّ عَقْدَ الكتابةِ مُعاوَضةٌ، وهو مُتضمِّنٌ لتعليقِ العتقِ على أداءِ البدل، ولا يَبطُلُ هذا التَّعليقُ الضِّمنيُّ بموتِ المولى المعلِّقِ، وأيضاً فإنَّ المغرورَ الذي تَزَوَّجَ امرأةً على أنَّها حُرَّةٌ يكونُ شارطاً لحرِّيَّةِ أولادِهِ معنًى، فإذا ظهَرَ أنَّها أَمَةٌ تكونُ أولادُهُ أحراراً مع أنَّ هذا الشَّرطَ لم يكن مع المولى، وفي مسألتِنا وقَعَ شرطُ الحرِّيَّةِ مع المولى صريحاً، فلا يَنزِلُ حالُهُ عن حالِ المغرور، فتأمَّل. ٢/٣٧٦

[١٢٤١٥] (قولُهُ: ولو ادَّعَى الزَّوجُ إلخ) هذا ذكَرَهُ في "النَّهر"[(٧)] بحثاً، وقال: ((إنَّه حادثةُ الفتوى))، واستنبَطَهُ مما في "جامع الفصولين"[(٨)] في المغرورِ: ((لو ادَّعَى أنَّه تَزَوَّجَها على أنَّها

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/أ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١١/٣.

(٥) "المبسوط": كتاب العتاق ـ باب عتق ما في البطن ١٣١/٧ بتصرف.

(٦) ((صريحاً والتعليق)) ساقط من "الأصل".

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/ب.

(٨) "جامع الفصولين": الفصل السادس عشر في الاستحقاق والغرور وما يتعلق به ٢٢٢/١ بتصرف.

(لكنْ لا نفقةَ ولا سُكْنى لها إلاَّ بها) بأنْ يَدفعَها إليه ولا يَستخدِمَها (وتَخدِمُ المولى، ويَطأُ الزَّوجُ إنْ ظَفِرَ بها فارغةً) عن خدمةِ المولى، ويكفي في تسليمِها قولُهُ: متى ظَفِرْتَ بها وَطِئْتَها، "نهر". (فإنْ بَوَّأَها ثمَّ رجَعَ) عنها (صَحَّ) رجوعُهُ لبقاءِ حقِّهِ (وسقَطَتِ) النَّفقةُ (ولو خَدَمَتْهُ) أي: السَّيِّدَ بعد التَّبوئةِ (بلا استخدامِهِ).......

حُرَّةٌ وكَذَّبَهُ المولى فإنْ بَرْهَنَ فالأولادُ أحرارٌ بالقيمةِ، وإلاَّ حُلِّفَ المولى؛ لأنَّه ادَّعَى عليه ما لو أَقَرَّ به لَزِمَهُ، فإذا نَكَلَ يُحلَّفُ)).

[١٢٤١٦] (قولُهُ: لكنْ لا نفقةَ إلخ) لأنَّها جزاءُ الاحتباسِ، ولذا لم تَجِبْ نفقةُ النَّاشزةِ، والحاجَّةِ مع غيرِ الزَّوجِ، والمغصوبةِ، والمحبوسةِ بدَيْنٍ عليها، "رحمتي". وعطفُ السُّكنى على النَّفقةِ عطفُ خاصٍّ على عامٍّ؛ لأنَّ النَّفقةَ اسمٌ لها وللطَّعامِ والكِسوة.

[١٢٤١٧] (قولُهُ: ولا يَستخدِمَها) مبنيٌّ على ما مَرَّ[1] عن "نفقاتِ الخصَّافِ"، وذكَرَ في "البحر"[2]: ((أنَّ التَّحقيقَ أنَّ العِبرةَ لكونها في بيتِ الزَّوجِ ليلاً، ولا يَضُرُّ الاستخدامُ نهاراً)) اهـ، ويأتي[3] مثلُهُ قريباً.

[١٢٤١٨] (قولُهُ: فارغةً عن خدمةِ المَوْلى) ظاهرُهُ أنَّه لو وَجَدَها مشغولةً بخدمةِ المولى في مكانٍ خالٍ ليس له وطؤُها، ولم أَرَهُ صريحاً، "بحر"[4]. وقد يقال: إنْ كان استمتاعُهُ لا يُنقِصُ خدمةَ المولى أُبيحَ له؛ لأنَّه ظَفِرَ بحقِّهِ غيرَ مُنقِصٍ حقَّ المولى، لا سيَّما والمدَّةُ قصيرةٌ، "ط"[5].

[١٢٤١٩] (قولُهُ: ويكفي في تسليمِها) أي: الواجبِ بمقتضى العَقْدِ، وهو بهذا المعنى لا يُنافي عدمَ وجوبِ التَّبوئةِ كما أوضحناه[6] قبلُ.

---

(١) المقولة [١٢٤٠٦] قوله: ((لا تجب تبوئتها)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١١.

(٣) المقولة [١٢٤٢٠] قوله: ((أو استخدمها نهاراً إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٠ بتصرّف، ولفظة (("بحر")) ساقطة من "ب" و"م".

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٤.

(٦) المقولة [١٢٤٠٦] قوله: ((لا يجب تبوئتها)).

أو استخدَمَها نهاراً وأعادَها لبيتِ زوجِها ليلاً (لا) تسقطُ لبقاءِ التَّبوئةِ.

(وله) أي: المولى (السَّفرُ بها) أي: بأَمَتِهِ (وإنْ أَبى الزَّوجُ) "ظهيريَّة"[1]. (وله إجبارُ قِنِّهِ وأَمَتِهِ) ولو أمَّ ولدٍ، ولا يلزمُهُ الاستبراءُ بل يُندَبُ، فلو وَلَدَتْ لأقلَّ من نصفِ حولٍ

[١٢٤٢٠] (قولُهُ: أو استخدَمَها نهاراً إلخ) [٣/ق١٣٤/ب] هذا ما تقدَّمَ[2] قريباً عن "البحر": ((أنه التَّحقيقُ))، قال "ح"[3]: ((وتكونُ نفقةُ النَّهارِ على السَّيِّدِ ونفقةُ اللَّيلِ على الزَّوجِ كما في "القهستانيِّ"[4] عن "القنية"[5])).

[١٢٤٢١] (قولُهُ: وإنْ أَبى الزَّوجُ) أي: وإنْ أَوْفَى المهرَ بتمامِهِ؛ لأنَّ حقَّ المولى أقوى، "ط"[6].

[١٢٤٢٢] (قولُهُ: وله) أي: للمولى حيث تَمَّ المِلكُ له، "نهر"[7]. احترازاً عن المُكاتِبِ، فإنَّ مِلكَهُ فيه ناقصٌ، فوَلايةُ الإجبارِ في المملوكِ تَعتمِدُ كمالَ المِلكِ، وهو كاملٌ في المُدبَّرِ وأمِّ الولدِ وإنْ كان الرِّقُّ ناقصاً، والمُكاتَبُ على عكسِهما، "بحر"[8].

[١٢٤٢٣] (قولُهُ: ولو أمَّ ولدٍ) ومثلُها المُدبَّرُ والمُدبَّرةُ، وأشار إلى أنَّ القِنَّةَ كذلك بالأَولى، لكنَّها داخلةٌ في القِنِّ لإطلاقِهِ عليهما كما مَرَّ[9]، فافهم.

[١٢٤٢٤] (قولُهُ: ولا يَلزَمُهُ الاستبراءُ) قدَّمنا[10] في فصلِ المحرَّمات أنَّ الصَّحيحَ وجوبُ

---

(١) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن في نكاح العبيد والإماء ق٨٤/أ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٤١٧] قوله: ((ولا يستخدمها)).

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٨/أ.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل نكاح القن ٢٩٣/١.

(٥) "القنية": كتاب الطلاق ـ باب في النفقة والكسوة والسكنى ق٤٧/ب.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/ب.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٢/٣.

(٩) المقولة [١٢٣٣٤] قوله: ((والقنُّ المملوك كلاًّ)).

(١٠) المقولة [١١٤٢٦] قوله: ((بل سيدها)).

فهو من المولى، والنِّكـاحُ فاسـدٌ، "بحر"[١] مـن الاستيلادِ وثبـوتِ النَّسَـب. (على النِّكاحِ) وإنْ لم يرضيا، لا مُكاتَبِهِ ومكاتبتِهِ[٢][٣]، بل يتوقَّفُ على إجازتِهما.......

الاستبراءِ على السَّيِّدِ إذا أرادَ أنْ يُزوِّجَها وكان يَطَؤُها، وأمَّا الزَّوجُ فقال في "الهداية"[٤]: ((إنَّـه لا يَستبرِئُها لا استحباباً ولا وجوباً عندهما، وقال "محمَّـدٌ": لا أُحِـبُّ أنْ يَطَأَهـا قبـلَ أنْ يَستبرِئَها)) اهـ. ورَجَّحَ "أبو اللَّيث" قولَ "محمَّدٍ"، وتقدَّمَ[٥] تمامُ الكلام على ذلك.

[١٢٤٢٥] (قولُهُ: فهو مِن المولى) أي: إنِ ادَّعاهُ في القِنَّةِ والمُدبَّرةِ، ولم يَنْفِهِ عنـه في أمِّ الولـد، "ط"[٦].

قلت: وهذا إذا زَوَّجَها غيرَ عالِمٍ؛ لِما قدَّمنـاه[٧] في المحرَّمـات عـن "التَّوشيح": ((مـن أنَّـه ينبغي أنَّه لو زَوَّجَها بعدَ العِلمِ قبلَ اعترافِهِ به أنَّه يجوزُ النِّكاحُ، ويكونُ نَفْياً)).

[١٢٤٢٦] (قولُهُ: والنِّكاحُ فاسدٌ) فلا يَلزَمُ المهرُ إلاَّ بوطءِ الزَّوجِ، "ط"[٨].

[١٢٤٢٧] (قولُـهُ: وإنْ لم يَرْضَيـا) أشـارَ إلى مـا في "القهسـتانيِّ"[٩] وغـيرِهِ: ((مـن أنَّ المـرادَ بالإجبارِ تَزْويجُهما بلا رِضاهما، لا إكراهُهما على الإيجابِ والقَبُولِ كما قيل)) اهـ، فافهم.

[١٢٤٢٨] (قولُهُ: لا مُكاتَبِهِ ومُكاتَبتِهِ) لأنَّهما التَحَقا بالأجانبِ بعَقْدِ الكتابـةِ، ولهـذا يَستحِقَّان

---

(١) "البحر": كتاب العتق ـ باب الاستيلاد ٢٩٣/٤ بتصرف.

(٢) في "د" زيادة: ((فإن كانت امرأةُ العبد مكاتبةً فنفقتُها على العبد بوأها المولى بيتـاً أو لم يـبوِّئ؛ لأنَّهـا حـرَّةٌ يـداً، فتبوأ مع زوجها من غير تبوئة المولى كالحرَّة، فلا تشترط التبوئة من المولى لاستحقاق النفقة.

وأما نفقة الأولاد فتكون على الأم؛ لأنَّ ولد المكاتبـة دخـل في كتابتهـا، وتمامـه في "شـرح أدب القضـاء" للخصَّاف)). ق١٦٧/ب.

(٣) في "د": ((ولا مكاتبته)).

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ فصل في بيان المحرمات ١٩٥/١.

(٥) المقولة [١١٤٢٥] قوله: ((ولا يستبريها الزوج)).

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٧) المقولة [١١٤١٨] قوله: ((المقربه)).

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٤/٢.

(٩) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل نكاح القن ٢٩٣/١.

ولـو صغيرين إلحاقاً بالبالغ، فلو أدَّيا وعَتَقا عادَ موقوفاً على إجازةِ المولى لا على إجازتهما؛

الأَرْشَ على المولى بالجنايةِ عليهما، وتَستحِقُّ المكاتَبةُ المهرَ إذا وَطِئَها المولى، فصارا كـالحُرَّين، فلا يُجبَران على النِّكاح، "ط"[١] عن "أبي السُّعود"[٢].

[١٢٤٢٩] (قولُهُ: ولو صغيرَين) ظاهرُهُ أنَّ المرادَ الإجازةُ ولو في حالِ الصِّغَرِ، مع أنَّ عبارةَ الصَّغيرينِ الحُرَّينِ غيرُ مُعتبَرةٍ أصلاً، ويُحتمَلُ أنْ يكونَ المرادُ أنَّه لا يَنفُذُ نكاحُ المولى عليهمـا ولـو كانا صغيرينِ، بل يتوقَّفُ على إجازتِهما بعدَ بُلُوغِهما، والمتبادرُ من كلامِهم الأوَّلُ، تأمَّل.

[١٢٤٣٠] (قولُهُ: فلو أدَّيا) أي: بدلَ الكتابةِ قبلَ رَدِّ العَقْدِ، "فتح"[٣].

[١٢٤٣١] (قولُهُ: عادَ موقوفاً على إجازةِ المولى) [٣/ق١٣٥/أ] لأنَّه تجدَّدَ له وَلايةٌ أخـرى غـيرُ الوَلايةِ التي قارَنَها رِضاهُ بتزويجِها؛ لأنَّ تلك الوَلايـةَ كـانَتْ بحكـمِ المِلـكِ، وهـذه بحكـمِ الـوَلاء، فيُشترَطُ تجدُّدُ رضاهُ لتَجَدُّدِ الوَلايةِ، وصار كالشَّريكِ إذا زوَّجَ العبدَ المُشترَكَ ثمَّ ملَكَ باقيَـهُ، فـإنَّ النِّكاحَ يَحتاجُ إلى إجازتِهِ لتَجَدُّدِ مِلكِهِ في الباقي، وكمـن أَذِنَ لعبـدِ ابنِـهِ الصَّغيرِ في التِّجـارةِ ثـمَّ ماتَ الابنُ فورِثَهُ[٤]، فإنَّ العبدَ يَحتاجُ في التَّصرُّفِ إلى إذنٍ جديدٍ من الأبِ لتَجدُّدِ وَلايةِ مِلكِهِ، وكمَنْ زوَّجَ نافلتَهُ مع وجودِ ابنِهِ ثمَّ ماتَ الابنُ، فالنِّكاحُ يَحتاجُ إلى إجازةِ الجَدِّ لتَجَدُّدِ وَلايتِهِ، بخلافِ الرَّاهنِ إذا باعَ العبدَ المرهونَ، والمولى إذا بـاعَ العبـدَ المـأذونَ المديونَ، ثـمَّ سـقَطَ الدَّيـنُ في الصُّورتين بطريقٍ مِن طُرُقِ السُّقوطِ، حيث لا يَفتقِرُ العَقْدُ فيهما إلى إجازةِ المالك ثانياً؛ لأنَّ نفـاذَ العَقْدِ فيهما بالوَلايةِ الأصليَّةِ، وهي وَلايةُ المِلكِ، من "شرح تلخيص الجامع الكبير".

(قولُهُ: والمُتبادِرُ من كلامِهِم الأوَّلُ) ويُؤيِّدُه ما نَقَلَه "ط" عـن "البحـر" مَعْزُوّاً لـ"المحيـط": ((المَوْلَى إذا زوَّجَ مكاتَبَتَهُ الصَّغيرةَ توقَّفَ النِّكاحُ على إجازَتِها لأنَّها مُلحَقَةٌ بالبالِغَةِ فيما يَنْبَنِي على الكِتَابَة إلخ)) اهـ.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٤.

(٢) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٨.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٥ بتصرف.

(٤) في "م": ((فورثه))، وهو تحريف.

لعدمِ أهليَّتِهما إنْ لم يكن عصبةٌ غيرُهُ[1]، ولـو عَجَزا توقَّـفَ نكـاحُ المكـاتبِ علـى رضا المولى ثانياً؛ لعَوْدِ مُؤَنِ النِّكاحِ عليه، وبطَلَ نكاحُ المكاتبةِ؛ لأنَّه طرَأَ حِـلٌّ بـاتٌّ على موقوفٍ فأبطَلَهُ، والدَّليلُ يَعمَلُ العجائبَ،...........................

[١٢٤٣٢] (قولُهُ: لعدمِ أهليَّتِهما) لأنَّ الكتابةَ لم تَبْقَ بعدَ العتقِ، والصَّغيرُ ليـس مـن أهـلِ الإجازة. ٢/٣٧٧

[١٢٤٣٣] (قولُهُ: إنْ لم يكنْ إلخ) قَيْدٌ لقولِهِ: ((عادَ إلخ)).

[١٢٤٣٤] (قولُهُ: ثانياً) راجعٌ إلى ((رِضا)) لا إلى ((تَوَقَّفَ))، أي: رضا ثانياً، قـال في "شرح التَّلخيص": ((لكنْ لا بدَّ من إجازةِ المولى وإنْ كان قد رَضِيَ أوَّلاً)) اهـ، فافهم.

[١٢٤٣٥] (قولُهُ: لعَوْدِ مُؤَنِ النِّكاحِ عليه) لأنَّـه لَمَّـا زَوَّجَـهُ إنمـا رَضِيَ بتعلُّـقِ مُـؤَنِ النِّكـاحِ كالمهرِ والنَّفقةِ بكسبِ المكـاتب لا بِمِلْـكِ نفسِهِ، وكسـبُ المكـاتَبِ بعـدَ عجـزِهِ مِلْـكٌ للمـولى، "شرح التَّلخيص".

[١٢٤٣٦] (قولُهُ: لأنَّه طرَأَ حِلٌّ باتٌّ) أي: حلُّ وَطْئِها للسَّـيِّدِ ((على حِـلٍّ موقـوفٍ))، أي: حِلِّها للزَّوجِ ((فأبطَلَهُ)) كالأَمَةِ إذا تَزَوَّجَتْ بغيرِ إذنٍ، ثـمَّ ملَكَهـا مَـن تَحِـلُّ لـه بطَـلَ النِّكاحُ لطَرَيانِ الحِلِّ الباتِّ علـى الموقـوفِ، ولا يَبطُـلُ نكـاحُ العبـدِ المكـاتَبِ لعـدمِ الطَّرَيـانِ المذكورِ، من "شرح التَّلخيص".

[١٢٤٣٧] (قولُهُ: والدَّليلُ يَعمَلُ العجائبَ) وجهُ العَجَبِ أنَّ المولى يَملِكُ إلـزامَ النِّكـاحِ بعـدَ العتقِ لا قبلَهُ، وأنَّه يتوقَّفُ على إجازةِ المكاتَبِ قبلَ العتـقِ، ولا يتوقَّـفُ على إجازتِـهِ بعـدَهُ، وأنَّ المكاتَبةَ لو رُدَّتْ إلى الرِّقِّ يَبطُلُ النِّكاحُ الذي باشَرَهُ المولى وإنْ أجازَهُ، ولو عَتَقَتْ جازَ بإجازتِـهِ، ولهذا قيل: إنَّها مهما زادَتْ مِن المولى بُعْداً زادَتْ قُرْباً إليه في النِّكاح.

---

(١) في النسخ جميعها: ((عصبةُ غيرِ))، وما أثبتناه من "د".

وبحثُ "الكمالِ" هنا غيرُ صائبٍ.........

مطلبٌ[(١)]: على أنَّ "الكمال بن الهمام" بلَغَ رُتبةَ الاجتهاد

[١٢٤٣٨] (قولُهُ: وبحثُ "الكمالِ" هنا غيرُ صائبٍ) قال "الكمال"[(٢)]: ((الـذي يَقتَضِيه النَّظرُ عدمُ التَّوقُّفِ على إجازةِ [٣/ق١٣٥/ب] المولى بعدَ العتقِ، بل بمجرَّدِ عتقِها يَنفُذُ النِّكاحُ؛ لِما صرَّحُوا به من أنَّه إذا تَزَوَّجَ العبدُ بغيرِ إذنِ سيِّدِهِ فأعتَقَهُ نفذَ؛ لأنَّه لو توقَّفَ فإمَّا على إجـازةِ المـولى ــ وهـو ممتنعٌ لانتفاءِ وَلايتِهِ ــ وإمَّا على العبدِ، ولا وجهَ له؛ لأنَّه صدَرَ من جهَتِـهِ، فكيـف يتوقَّـفُ؟! ولأنَّـه كان نافذاً من جِهَتِهِ، وإنما توقَّفَ على السَّيِّدِ، فكذا السَّيِّدُ هنا، فإنَّه وليٌّ مُجبرٌ، وإنما التَّوقُّفُ على إذنِها لعَقْدِ الكتابة وقد زالَ، فبقيَ النَّفاذُ من جهةِ السَّيِّد، فهذا هو الوجهُ، وكثيراً ما يُقلِّدُ السَّـاهونَ السَّاهين))، وردَّهُ في "البحر"[(٣)]: ((بأنَّه سوءُ أدبٍ وغَلَطٌ، أمَّا الأوَّلُ فلأنَّ المسألةَ صرَّحَ بها الإمـامُ "محمَّدٌ" في "الجامع الكبير"[(٤)]، فكيف يُنسَبُ السَّهوُ إليه وإلى مُقلِّديه؟! وأمَّـا الثَّـاني فـلأنَّ "محمَّـداً" رحمه الله علَّلَ لتوقُّفِهِ على إجازةِ المولى بأنَّه تجدَّدَ له وَلايةٌ لم تكن وقتَ العَقْدِ، وهي الوَلاءُ بـالعتقِ، ولذا لم يكن له الإجازةُ إذا كان لها وليٌّ أقربُ منه كالأخِ والعـمِّ، فصـارَ كالشَّـريكِ، إلى آخـرِ مـا قدَّمناه عن "شرح التَّلخيص"))، قال: ((وكثيراً ما يَعترِضُ المُخطِئُ علـى المُصِيبين)) اهـ، ومثلُهُ في "النَّهر"[(٥)] و"الشُّرنبلاليَّة"[(٦)] و"شرح الباقانيِّ".

وأجاب العلاَّمةُ "المقدسيُّ": ((بـأنَّ مـا بَحَثَـهُ "الكمـالُ" هـو القيـاسُ كمـا صـرَّحَ بـه الإمـامُ "الحصيريُّ" في "شرح الجامع الكبير"[(٧)]، وإذا كان هو القياسَ لا يقال في شأنه: إنَّه غلطٌ وسوءُ

---

(١) في "الأصل" و"ب":((قف)) بدل ((مطلب)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٠/٣.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٢/٣-٢١٣ بتصرف.

(٤) "الجامع الكبير": كتاب النكاح ـ باب أمر المولى عبده بالنكاح صـ٨٥ـ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/ب.

(٦) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥١/١. (هامش "الدرر والغرر").

(٧) المسمّى "التحرير" لأبي المحامد محمود بن أحمد، جمال الدين الحَصيري البخاري (ت ٦٣٦ هـ) شرح "الجامع =

(ولو قتَلَ) المولى (أَمَتَهُ[١])..

أدبٍ، على أنَّ الشَّخصَ الذي بلَغَ رُتبةَ الاجتهادِ إذا قال: مقتضى النظرِ كذا لشيءٍ هو القياسُ لا يُـرَدُّ عليه بأنَّ هذا منقولٌ؛ لأنَّه إنما تَبِعَ الدَّليلَ المقبولَ وإنْ كان البحثُ لا يَقضِي على المذهبِ)) اهـ.

قلت[٢]: والذي يَنفي عنه سوءَ الأدبِ في حقِّ الإمامِ "محمَّدٍ" أنَّه ظَنَّ أنَّ الفرعَ من تفريعـاتِ المشايخِ، بدليلِ أنَّه قال في صدرِ المسألة: ((وعن هذا استطرفتُ مسألةً نُقِلَتْ مـن "المحيـط"[٣]، هـي أنَّ المولى إذا زَوَّجَ مكاتبتَهُ الصَّغيرةَ))، إلى أنْ قال: ((هكذا توارَدَها الشَّارحون))، فهـذا يـدلُّ على أنَّه ظَنَّ أنَّها غيرُ منصوصٍ عليها، فالأنسبُ حُسْنُ الظَّنِّ بهذا الإمام.

[١٢٤٣٩] (قولُهُ: ولو قتَلَ المولى أَمَتَهُ) قَيَّدَ بالقتلِ لأنَّـه لـو باعَهـا وذهَـبَ بهـا المشـتري مـن المصرِ أو غيَّبَها بموضعٍ لا يَصِلُ إليه الزَّوجُ لا يَسقُطُ المهر، بل تَسقُطُ المطالبةُ به إلى أنْ يُحضِرَهـا، وفي "الخانيَّة"[٤]: ((لو أَبقَتْ فلا صداقَ لها ما لم تحضُرْ في قياسِ قـول "الشَّـيخين"))، "نهـر"[٥]. وكالقتلِ [٣/ق١٣٦/أ] ما لو أعتَقَها قبـلَ الدُّخـولِ فاختـارت الفُرقـةَ. وقيَّـدَ بـالمولى لأنَّ قَتْـلَ غـيرِهِ لا يَسقُطُ به المهرُ اتِّفاقاً، وبالأَمَةِ لأنَّه لو قتَلَ المولى الزَّوجَ لا يَسقُطُ؛ لأنَّه تصرُّفٌ في العـاقدِ دون المعقودِ عليه. وأرادَ بالأَمَةِ القِنَّةَ والمدبَّرةَ وأمَّ الولد؛ لأنَّ مهـرَ المُكاتَبـةِ لهـا لا للمـولى، فـلا يَسـقُطُ بقتلِ المولى إيَّاها، "بحر"[٦]. وكالمكاتبةِ المأذونةُ المديونةُ على ما سيجيءُ[٧].

= الكبير" للإمام محمد، وله شرحٌ آخر مختصر من الشرح الأول. ("كشف الظنون" ١/٥٦٧-٥٦٨، "الجواهر المضية" ٣/٤٣١، "تاج التراجم" صـ٢٤٤ـ).

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولو قتل المولى أمته، قال في "النهر": هذا عند الإمام، وقالا: يسقط اعتباراً بموتها حتفَ أنفِها؛ إذ المقتولُ ميتٌ بأجله عند أهل السنة، وله أنَّ منعَ البدل قبل التسليم؛ فيجازى بمنع المبدل إذا كان من أهل المجازات، انتهى)). ق١٦٧/ب.

(٢) ((قلت)) ساقطة من "م".

(٣) "المحيط البرهاني": كتاب النكاح ـ الفصل الثامن عشر في نكاح العبيد والإماء ١/ق٢١٤/أ.

(٤) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر المسائل ـ فصل في المتعة ١/٣٨٥. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٣.

(٧) المقولة [١٢٤٥٥] قوله: ((أو مأذونته المديونة)).

قبلَ الوطءِ) ولو خطأً، "فتح"[١]. (وهو مكلَّفٌ) فلو صبيّاً لم يسقطْ على الرَّاجحِ[٢]..

[١٢٤٤٠] (قولُهُ: قبلَ الوطءِ) أي: ولو حكماً، "نهر"[٣]؛ لِما مَرَّ مِراراً أنَّ الخلوة الصَّحيحة وطءٌ حكماً.

[١٢٤٤١] (قولُهُ: ولو خطأً) أي: أو تَسبُّباً كما هو مقتضى الإطلاقِ، "نهر"[٤].

[١٢٤٤٢] (قولُهُ: فلو صبيّاً) مثلُهُ المجنونُ بالأَولى، "نهر"[٥].

[١٢٤٤٣] (قولُهُ: على الرَّاجحِ إلخ) ذكَرَ في "المصفَّى" فيه قولين، وفي "الفتح"[٦]: ((لو لم يكن من أهلِ المجازاةِ ـ بأنْ كان صبيّاً زَوَّجَ أَمَتَهُ وصيُّهُ مثلاً ـ قالوا: يجبُ أنْ لا يَسقُطَ في قول "أبي حنيفة" بخلافِ الحرَّةِ الصَّغيرةِ، إذا ارتَدَّتْ يَسقُطُ مهرُها؛ لأنَّ الصَّغيرةَ العاقلةَ من أهلِ المجازاةِ على الرِّدَّةِ بخلاف غيرِها من الأفعال؛ لأنَّها لم تُحظَرْ عليها، والرِّدَّةُ محظورةٌ عليها)) اهـ. فترجَّحَ عدمُ السُّقوطِ، "بحر"[٧].

قال "الرَّحمتيُّ": ((لكنَّ الصَّبيَّ من أهلِ المجازاةِ في حقوقِ العباد، ألا ترى أنَّه يجبُ عليه الدِّيَةُ إذا قتَلَ والضَّمانُ إذا أتلَفَ؟ والمجنونُ مثلُهُ، ولذا ترَكَ التَّقييدَ بالمكلَّفِ في "الهدايةِ"[٨] و"الوقايةِ"[٩]

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧١/٣.

(٢) في "د": ((على الراجح، ذكره المصنف)) بزيادة((ذكره المصنف)) ق١٦٧/ب وهي ليست في "ب".

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق ١٩٠/ب ـ ق١٩١/أ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/ب.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧١/٣.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٨) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٦/١.

(٩) "الوقاية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ١٨١/١. (هامش "كشف الحقائق").

(سقَطَ المهرُ) لمنعِهِ المُبدَلَ كحرَّةٍ ارتَدَّتْ[1] ولو صغيرةً (لا لو فَعَلَتْ ذلك) القتلَ[2] (امرأةٌ) ولو أَمَةً على الصَّحيحِ، "خانيَّة"[3]. (بنفسِها) أو قَتَلَها وارثُها،..........

و"الدُّررِ"[4] و"الملتقى"[5] و"الكنزِ"[6]، والدَّليلُ يَعضُدُه، وفيهم الأسوةُ الحسنةُ)).

[١٢٤٤٤] (قولُهُ: سقَطَ المهرُ) هذا عنده خلافاً لهما؛ لأنَّه منعَ المُبدَلَ قبلَ التَّسليمِ، فيُجازَى بمَنْعِ البدل، وإنْ كان مقبوضاً لَزِمَهُ رَدُّ جميعِهِ على الزَّوج، "بحر"[7].

[١٢٤٤٥] (قولُهُ: كحُرَّةٍ ارتَدَّتْ) لأنَّ الفُرقةَ جاءَتْ مِن قِبَلِها قبلَ تقرُّرِ المهرِ فيَسقُطُ، "رحمتي".

[١٢٤٤٦] (قولُهُ: ولو صغيرةً) لحظرِ الرِّدَّةِ عليها بخلافِ غيرِها من الأفعالِ كما مَرَّ[8].

٣٧٨/٢

[١٢٤٤٧] (قولُهُ: لا لو فَعَلَتْ ذلك القتلَ امرأةٌ) أي: القتلَ المذكورَ، وهو ما يكونُ قبلَ الوطءِ، قال في "النَّهر"[9]: ((لأنَّ جنايةَ الحرِّ على نفسِهِ هَدَرٌ في أحكامِ الدُّنيا، وبتسليمِ أنَّها ليست هَدَراً فقَتْلُها نفسَها تفويتٌ بعدَ الموت، وبالموتِ صار للورثةِ فلا يسقطُ، وإذا لم يسقط مع أنَّ الحقَّ لها أوَّلاً فعدمُ السُّقوطِ بقَتْلِ الوارثِ أَولى)) اهـ.

[١٢٤٤٨] (قولُهُ: ولو أَمَةً) لأنَّ المهر لمولاها، ولم يُوجَدْ منه منعُ المُبدَلِ، "بحر"[10]. قال "ح"[11]: ((حاصلُ ما يُفهَمُ من كلامِهم أنَّ العلَّةَ في سقوطِ المهر أمران: الأوَّلُ أنْ يكونَ صادراً ممن له

---

(١) في "د" زيادة: ((أي: قبلَ الدخول، أو قبَّلت ابن الزَّوج، "فتح")). ق١٦٨/أ.

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: لو فعلت ذلك القتل إلخ، أقول: وكذا لا يسقط شيءٌ من المهر لو قتلَتْ زوجها كما يقتضيه نظرُ الفقيه، ولم أرَهُ. وفيه أيضاً خلافُ الشافعي، فعنده يسقط مهر مَنْ يقتلها الزَّوج. تأمل. خير الدين الرملي)). ق١٦٨/أ.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ـ فصل في المتعة ٣٨٥/١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر والرقيق ٣٥٢/١.

(٥) "ملتقى الأبحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣٦٦/١.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام نكاح الرقيق ١٦١/١.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٨) المقولة [١٢٤٤٣] قوله: ((على الراجح إلخ)).

(٩) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ.

(١٠) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٤/٣.

(١١) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٨/ب.

أو ارتَدَّتِ الأَمَةُ، أو قَبَّلَتِ ابنَ زوجِها كما رجَّحَهُ في "النَّهر"؛ إذ لا تفويتَ من المولى (أو فعَلَهُ بعدَهُ) أي: الوطء؛ لتقرُّرِهِ به، ولو فعَلَهُ بعبدِهِ.........

المهرُ، الثَّاني [٣/ق١٣٦/ب] أنْ يترتَّبَ عليه حكمٌ دنيويٌّ كالمذكورِ في صدرِ المتن، ففي الأَمَةِ غيرِ المأذونةِ وغيرِ المُكاتَبةِ إذا قَتَلَتْ نفسَها فُقِدَ الأمران، وفي الحُرَّةِ إذا قَتَلَتْ نفسَها والمولى الغيرِ المكلَّفِ إذا قَتَلَ أَمَتَهُ فُقِدَ الثَّاني، وفي الأجنبيِّ أو الوارثِ إذا قتَلَ حُرَّةً أو أَمَةً فُقِدَ الأوَّلُ)) اهـ، أي: لأنَّ الوارثَ بالقتلِ لم يَبْقَ وارثاً مُستحِقّاً للمهرِ لحِرمانِهِ به، فصار كالأجنبيِّ، "بحر"[١].

[١٢٤٤٩] (قولُهُ: أو ارتَدَّتِ الأَمَةُ) مقابلُ قولِهِ: ((كحُرَّةٍ ارتَدَّتْ)).

[١٢٤٥٠] (قولُهُ: كما رَجَّحَهُ في "النَّهر"[٢]) راجعٌ للأخيرتين، وسبَقَهُ إلى ذلك في "البحر"[٣] قياساً على تصحيحِ عدمِ السُّقوطِ في قَتْلِ الأَمَةِ نفسَها، فإنَّ "الزَّيلعيَّ"[٤] جعَلَ الرِّوايتين في الكلِّ، وإذا كان الصَّحيحُ منهما في مسألةِ القتلِ عدمَ السُّقوطِ فليكنْ كذلك هنا، وهو الظَّاهرُ؛ لأنَّ المُستحِقَّ ـ وهو المولى ـ لم يَفعَلْ شيئاً اهـ.

[١٢٤٥١] (قولُهُ: أو فَعَلَهُ) الضَّميرُ المستترُ للمولى المكلَّفِ، والبارزُ لـ ((القتلَ))، "ح"[٥].

[١٢٤٥٢] (قولُهُ: لتَقَرُّرِهِ) أي: المهرِ ((به))، أي: بالوطءِ، "ح"[٦].

[١٢٤٥٣] (قولُهُ: ولو فعَلَهُ بعبدِهِ) صورتُهُ: زَوَّجَ عبدَهُ ثمَّ قتَلَهُ وضَمِنَ قيمتَهُ يُوفَّى منها مهرُ المرأةِ، ومثلُهُ ما إذا باعَهُ، قال في "النَّهر"[٧]: ((وسيأتي أنَّه لو أعتَقَ المديونَ كان عليه قيمتُهُ،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٤.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٤ بتصرف.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/١٦٥.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٨/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٨/ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ.

أو مكاتبتِهِ أو مأذونتِهِ المديونةِ لم يَسقُط اتِّفاقاً.

(والإذنُ في العَزْلِ)..

فالقتلُ أولى))، "ح"[1].

[١٢٤٥٤] (قولُهُ: أو مُكاتَبتِهِ) لِما عُرِفَ أنَّ مهرَ المُكاتَبةِ لها لا للمَوْلى، "بحر"[2].

[١٢٤٥٥] (قولُهُ: أو مأذونتِهِ المديونةِ) بحثٌ لصاحب "النَّهر"[3] حيث قال: ((وأقول: ينبغي أنْ يُقيَّدَ الخلافُ ـ أي: الخلافُ المارُّ بين "الإمام" و"صاحبيه" ـ بما إذا لم تكن مأذونةً لَحِقَها به دَيْنٌ، فإنْ كانَتْ لا يَسقُطُ اتِّفاقاً؛ لِما مَرَّ من أنَّ المهرَ في هذه الحالةِ لها تُوفِّي منه دُيُونَها، غايةُ الأمرِ أنَّه إذا لم يَفِ بدَيْنِها كان على المولى قيمتُها للغُرَماءِ، فتُضَمُّ إلى المهرِ ويُقسَمُ بينهم)) اهـ.

(تنبيهٌ)

الحاصلُ: أنَّ المرأةَ إذا ماتَتْ فلا يخلو: إمَّا أنْ تكونَ حُرَّةً، أو مُكاتَبةً، أو أَمَةً، وكلٌّ من الثَّلاثِ إمَّا أنْ يكونَ حَتْفَ أنفِها، أو بقَتْلِها نفسَها، أو بقَتْلِ غيرِها، وكلٌّ من التِّسعةِ إمَّا قبلَ الدُّخولِ أو بعدَهُ، فهي ثمانيةَ عشرَ، ولا يَسقُطُ مهرُها على الصَّحيحِ إلاَّ إذا كانَتْ أَمَةً وقتَلَها سيِّدُها قبلَ الدُّخولِ، "بحر"[4].

قلت: ويُزادُ في التَّقسيمِ المأذونةُ المديونةُ، فتَبلُغُ الصُّوَرُ أربعاً[5] وعشرين.

مطلبٌ في حكمِ العَزْلِ[6]

[١٢٤٥٦] (قولُهُ: والإذنُ في العَزْلِ) أي: عَزْلِ زَوجِ الأَمَةِ.

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٨/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٣/٣.

(٥) في "م": ((أربعة)).

(٦) عبارة "الأصل" و"ب": ((مطلب في حكم العزل وإسقاط الولد)).

وهو الإنزالُ خارجَ الفرجِ (لمولى الأَمَةِ لا لها) لأنَّ الولدَ حقُّهُ،..........

[١٢٤٥٧] (قولُهُ: وهو الإنزالُ خارجَ الفَرْجِ) أي: بعدَ النَّزْعِ منه لا مطلقاً، فقد قال في "المصباح"[1]: ((فائدةٌ: المُجامِعُ إنْ أَمْنَى في الفرجِ الذي [٣/ق١٣٧/أ] ابتدَأَ الجماعَ فيه قيل: أَمْنَاهُ وألقى ماءَهُ، وإنْ لم يُنزِلْ فإنْ كان لإعياءٍ وفُتُورٍ قيل: أكسَلَ وأقحَطَ وفَهَّرَ، وإنْ نزَعَ وأَمْنَى خارجَ الفرجِ قيل: عَزَلَ، وإنْ أولَجَ في فرجٍ آخرَ فأَمْنَى فيه قيل: فَهَرَ فَهْراً من بابِ مَنَعَ، ونُهِيَ عن ذلك، وإنْ أَمْنَى قبلَ أنْ يُجامِعَ فهو الزُّمَّلِقُ بضمِّ الزَّايِ وفتحِ الميمِ مُشدَّدةً[2] وكسرِ اللاَّمِ)).

[١٢٤٥٨] (قولُهُ: لمولى الأَمَةِ) ولو مُدبَّرةً أو أمَّ ولدٍ، وهذا هو ظاهرُ الرِّوايةِ عن "الثَّلاثةِ"؛ لأنَّ حقَّها في الوطءِ قد تأدَّى بالجماعِ، وأمَّا سَفْحُ الماءِ ففائدتُهُ الولدُ، والحقُّ فيه للمَوْلى، فاعتُبِرَ إذنُهُ في إسقاطِهِ، فإذا أَذِنَ فلا كراهةَ في العَزْلِ عند عامَّةِ العلماءِ، وهو الصَّحيحُ، وبذلك تظافَرَتِ الأخبارُ، وفي "الفتح"[3]: ((وفي بعضِ أجوبةِ المشايخِ الكراهةُ، وفي بعضٍ عدمُها))، "نهر"[4]. وعنهما أنَّ الإذنَ لها، وفي "القهستانيِّ"[5]: ((أنَّ للسيِّدِ العَزْلَ عن أَمَتِهِ بلا خلافٍ، وكذا لزوجِ الحُرَّةِ بإذنِها))، وهل للأبِ أو الجدِّ الإذنُ في أَمَةِ الصَّغيرِ؟ في "حاشية أبي السُّعود"[6] عن "شرح الحمويِّ": ((نعم))، قال "ط"[7]: ((وفيه أنَّه لا مصلحةَ للصَّبيِّ فيه؛ لأنَّه لو جاءَ ولدٌ يكونُ رقيقاً له، إلاَّ أنْ يقال: إنَّه مُتوهَّمٌ)) اهـ.

(قولُهُ: وفيهِ أنَّه لا مَصْلحةَ للصَّبيِّ فيه إلخ) قد يقالُ: فيه مَصْلحةٌ له بدَفْعِ الحَبَلِ عن أَمَتِهِ؛ إذ هو عَيْبٌ في بناتِ آدَمَ.

---

(١) "المصباح": مادة((عزل)) بتصرف، وفيه: ((أَمْأهُ)) بدل ((أمناه)).

(٢) في "م": ((المشددة)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٠/ب.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل نكاح القن ١/٢٩٤.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٩.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٦ بتصرف.

وهو يفيدُ التَّقييدَ بالبالغةِ، وكذا الحرَّةُ[(١)]، "نهر"[(٢)].

(ويَعزِلُ عن الحُرَّةِ) وكذا المكاتبةُ، "نهر"[(٣)] بحثاً[(٤)].........................

وفيه أنَّه لو لم يُعتبَرِ التَّوهُّمُ هنا لَما توقَّفَ على إذنِ المولى، تأمَّل.

[١٢٤٥٩] (قولُهُ: وهو ـ أي: التَّعليلُ المذكورُ ـ يفيدُ التَّقييدَ) أي: تقييدَ احتياجِهِ إلى الإذنِ بالبالغةِ، وكذا الحُرَّةُ بتقييدِ[(٥)] احتياجِهِ بالبالغةِ؛ إذ غيرُ البالغةِ لا ولدَ لها، قال "الرَّحمتيُّ": ((وكالبالغةِ المراهقةُ؛ إذ يمكنُ بلوغُها وحَبَلُها)) اهـ.

ومُفادُ التَّعليلِ أيضاً أنَّ زَوْجَ الأَمَةِ لو شَرَطَ حرِّيَّةَ الأولادِ لا يتوقَّفُ العَزْلُ على إذنِ المولى كما بَحَثَهُ السَّيِّدُ "أبو السُّعود"[(٦)].

[١٢٤٦٠] (قولُهُ: "نهر"[(٧)] بحثاً) أصلُهُ لصاحب "البحر"[(٨)] حيث قال: ((وأمَّا المُكاتَبةُ فينبغي أنْ يكونَ الإذنُ إليها؛ لأنَّ الولدَ لم يكن للمَوْلى، ولم أَرَهُ صريحاً)) اهـ.

وفيه أنَّ للمَوْلى حقّاً أيضاً باحتمالِ عجزِها وردِّها إلى الرِّقِّ، فينبغي توقُّفُهُ على إذن المولى أيضاً رعايةً للحقَّين، "رحمتي".

(قولُهُ: ومُفادُ التَّعليلِ أيضاً أنَّ زوجَ الأَمَةِ لو شَرَطَ إلخ) فيه أنَّ زوجَ الأَمَةِ وإنْ شَرَطَ حُرِّيَّةَ الأولادِ لا يَنقطِعُ حقُّ مَولاهَا عنهم بسببِ الوَلاءِ له عليهم، كما يُفيدُهُ ما سَبَقَ من تعليلِ حُرِّيَّةِ الأولادِ.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وكذا الحرة، يعني: إنما يتوقَّف على إذنها إذا كانت بالغةً؛ إذ لا ولد قبل البلوغ، "خانية". "حلبي")). ق١٦٨/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ بتصرف.

(٤) في "د" زيادة: ((قال في "النهر": وأما الصَّغيرة فله العزل عنها بغير إذن المولى، كما يفيده التَّعليل، انتهى)). ق١٦٨/أ.

(٥) في "ب" و"م":((بتقيد)) بياء واحدة.

(٦) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٩.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٥.

(بإذنِها) لكنْ في "الخانيَّة": ((أنَّه يباحُ في زماننا لفسادِهِ))، قال "الكمالُ": ((فليُعتبَرْ عُذراً مُسقِطاً لإذنها))،..

[١٢٤٦١] (قولُهُ: لكنْ في "الخانيَّة"[1]) عبارتُها ـ على ما في "البحر"[2] ـ : ((ذكَرَ في "الكتاب": أنَّه لا يُباحُ بغيرِ إذنها، وقالوا: في زماننا يُباحُ لسُوءِ الزَّمان)) اهـ.

[١٢٤٦٢] (قولُهُ: قال "الكمالُ"[3]) عبارتُهُ: ((وفي "الفتاوى": إنْ خافَ مِن الولدِ السُّوءَ في الحُرَّةِ يَسَعُهُ العَزْلُ بغيرِ رضاها [٣/ق١٣٧/ب] لفسادِ الزَّمانِ، فليُعتبَرْ مثلُهُ من الأعذارِ مُسقِطاً لإذنِها)) اهـ.

٣٧٩/٢ فقد عُلِمَ مما في "الخانيَّة" أنَّ منقولَ المذهبِ عدمُ الإباحةِ، وأنَّ هذا تقييدٌ من مشايخِ المذهب لتغيُّرِ بعضِ الأحكام بتغيُّرِ الزَّمان، وأقرَّهُ في "الفتح"[4]، وبه جزَمَ "القهستانيُّ"[5] أيضاً حيث قال: ((وهذا إذا لم يَخَفْ على الولدِ السُّوءَ لفسادِ الزَّمانِ، وإلاَّ فيجوزُ بلا إذنِها)) اهـ.

لكنَّ قول "الفتح": ((فليُعتبَرْ مثلُهُ إلخ)) يُحتمَلُ أنْ يريدَ بالمثلِ ذلك العذرَ كقولهم: مثلُكَ لا يَبخَلُ، ويُحتمَلُ أنَّه أرادَ إلحاقَ مثلِ هذا العذرِ به، كأنْ يكونَ في سفرٍ بعيدٍ أو في دارِ الحربِ فخافَ على الولد، أو كانت الزَّوجةُ سيِّئةَ الخُلُقِ ويُريدُ فِراقَها، فخافَ أنْ تحبَلَ، وكذا ما يأتي[6] في إسقاطِ الحملِ عن "ابن وهبان"، فافهم.

---

(١) "الخانية": كتاب الحظر والإباحة ـ باب فيما يكره من النظر والمس للأقارب والأجانب وما لا يكره ـ فصل في الختان ٣/٤١٠. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٤.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٣.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في نكاح القن ١/٢٩٤.

(٦) في المقولة الآتية.

وقالوا: يُباحُ إسقاطُ الولد قبل أربعةِ أشهرٍ ولو بلا إذنِ الـزَّوجِ[(١)] (وعـن أَمَتِـهِ بغـيرِ إذنِها) بلا كراهةٍ، فإنْ ظهَرَ بها حَبَلٌ حَلَّ نفيُهُ[(٢)]..........................

مطلبٌ في حكمِ إسقاط الحَمْل

[١٢٤٦٣] (قولُهُ: وقالوا إلخ) قال في "النَّهر"[(٣)]: ((بقيَ: هل يباحُ الإسقاطُ بعدَ الحملِ؟ نعم يُباحُ ما لم يَتَخلَّقْ منه شيءٌ، ولن يكونَ ذلك إلاَّ بعد مائـةٍ وعشـرين يومـاً، وهـذا يقتضـي أنَّهـم أرادوا بالتَّخليقِ نَفْخَ الرُّوحِ، وإلاَّ فهو غَلَطٌ؛ لأنَّ التَّخليقَ يتحقَّقُ بالمشاهدةِ قبل هـذه المـدَّةِ، كـذا في "الفتح"[(٤)]. وإطلاقُهم يُفيدُ عدمَ توقُّفِ جوازِ إسقاطِها قبل المـدَّةِ المذكـورةِ علـى إذنِ الـزَّوجِ. وفي كراهة "الخانيَّة"[(٥)]: ولا أقولُ بالحِلِّ؛ إذ المُحـرِمُ لـو كسَـرَ بيـضَ الصَّيـدِ ضَمِنَـهُ؛ لأنَّـه أصـلُ الصَّيدِ[(٦)]، فلمَّا كان يُؤاخَذُ بالجزاءِ فلا أقلَّ مِن أنْ يَلحَقَها إثمٌ هنا إذا أسقَطَتْ بغيرِ عُذرٍ اهـ. قال "ابن وهبان": ومن الأعذارِ أنْ ينقطعَ لَبَنُها بعدَ ظُهُورِ الحمل وليس لأبـي الصَّبيِّ مـا يَسـتأجرُ بـه الظِّئرَ ويَخافُ هلاكَهُ، ونقَلَ عن "الذَّخيرة": لو أرادَتِ الإلقاءَ قبل مُضيِّ زمـنٍ يُنفَـخُ فيـه الـرُّوحُ هل يُباحُ لها ذلك أم لا؟ اختلفوا فيه، وكان الفقيهُ "عليُّ بنُ موسى" يقولُ: إنَّـه يُكـرَهُ، فـإنَّ المـاء بعدَما وقَعَ في الرَّحِمِ مآلُهُ الحياةُ، فيكونُ له حكمُ الحياةِ كما في بيضةِ صيدِ الحَرَمِ، ونحوُهُ

---

(١) في "د" و"و": ((زوج)).

(٢) في "د" زيادة: ((قوله: فإن ظهر بها حبل حلّ نفيه إلخ، لكن في "الخانية": له أمةٌ غيرُ محصَّنة، ويعزل عنها فجـاءت بولـد، وأكبرُ ظنِّه أنَّه ليس منه كان في سَعَةٍ مِنْ نفيه، وإن كانت محصنةً لا يسعه نفيه؛ لأنَّـه ربَّمـا يعـزل فيقـع المـاء في الفـرج الخارج ثم يدخل، فلا يعتمد على العزل، وهذا يُقيِّد ما مرّ من العزل بعدم التحصين، انتهى)). ق١٦٨/أ.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ ـ ب.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٤.

(٥) "الخانية": كتاب الحظر والإباحة ـ باب فيما يكره من النظر والمس للأقارب والأجـانب ومـا لا يكـره ـ فصـل في الختان ٣/٤١٠. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) ((ضمنه؛ لأنَّه أصلُ الصَّيد)) ساقط من "الأصل".

إنْ لم يُعِدْ قبلَ بَوْلٍ...

في "الظَّهيريَّة"[١]، قال "ابن وهبان": فإباحةُ الإسقاطِ محمولةٌ على حالةِ العُذرِ أو أنَّها لا تَأثَمُ إثمَ القتلِ اهـ. وبما في "الذَّخيرةِ" تبيَّنَ أنَّهم ما أرادوا بالتَّخليقِ إلاَّ نَفْخَ الرُّوح، وأنَّ "قاضي خان" مسبوقٌ بما مَرَّ من التَّفقُّهِ، والله [٣/ق١٣٨/أ] تعالى الموفِّق)) اهـ كلامُ "النَّهر"، "ح"[٢].

(تنبيهٌ)

أخذَ في "النَّهر" من هذا ومما قَدَّمَهُ[٣] "الشَّارحُ" عن "الخانيَّة" و"الكمال": ((أنَّه يجوزُ لها سَدُّ فَمِ رَحِمِها كما تَفعَلُهُ النِّساءُ)) مُخالِفاً لِما بَحَثَهُ في "البحر"[٤]: ((من أنَّه ينبغي أنْ يكونَ حراماً بغيرِ إذنِ الزَّوجِ قياساً على عَزْلِهِ بغيرِ إذنِها))[٥].

قلت: لكنْ في "البزَّازيَّة"[٦]: ((أنَّ له مَنْعَ امرأتِهِ عن العَزْلِ)) اهـ.

نَعَم، النَّظرُ إلى فسادِ الزَّمانِ يُفيدُ الجوازَ من الجانبين، فما في "البحر" مبنيٌّ على ما هو أصلُ المذهب، وما في "النَّهر" على ما قالَهُ المشايخُ، والله الموفِّق.

[١٢٤٦٤] (قولُهُ: إنْ لم يَعُدْ قبلَ بَوْلٍ) بأنْ لم يَعُدْ أصلاً، أو عادَ بعدَ بولٍ، "نهر"[٧]، أي: وعَزَلَ في العَوْدِ أيضاً كما نقَلَهُ "أبو السُّعود"[٨] عن "الحانوتيِّ"، ونقَلَ أيضاً عن خَطِّ

---

(١) "الظهيرية": كتاب الكراهية ـ الفصل الثالث في المعالجات وجراحات الآدمي والحيوانات ق١٨٥/أ.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(٣) "در" صـ٥٨٥ـ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٥.

(٥) في "د" زيادة: ((لكن في الحظر والإباحة من "الهندية" عن "وجيز الكردري" أنَّ له منعَ امرأته عن العزل)). ق١٦٨/أ.

(٦) "البزازية": كتاب الكراهية ـ الفصل السابع في النكاح ٦/٣٦٨. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/أ بتصرف.

(٨) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٨٠.

(وخُيِّرَتْ أَمَةٌ) ولو أمَّ ولدٍ (ومكاتبةٌ) ولو حُكماً كمُعتَقةٍ بعضٍ (عَتَقَتْ تحت حُرٍّ أو عبدٍ ولو كان النِّكاح برضاها)..

"الزَّيلعيِّ"[1]: ((أنَّه ينبغي أنْ يُرادَ: بعدَ غَسْلِ الذَّكَرِ))، أي: لنَفْيِ احتمالِ أنْ يكونَ على رأسِ الذَّكَرِ بقيَّةٌ منه بعدَ البول فتَزُولُ بالغَسلِ. وبه ظهَرَ أنَّ ما ذكروه في بابِ الغُسل أنَّ النَّومَ والمشيَ مثلُ البولِ في حُصُولِ الإنقاء لا يتأتَّى هنا، فافهم.

[١٢٤٦٥] (قولُهُ: وخُيِّرَتْ أَمَةٌ) هذا يُسمَّى خيارَ العتق، قال في "النَّهر"[2]: ((ولو اختارَتْ نفسَها بلا عِلْمِ الزَّوجِ يصحُّ، وقيل: لا يصحُّ بغَيْبَتِهِ، كذا في "جامع الفصولين"[3])).

[١٢٤٦٦] (قولُهُ: ولو أُمَّ ولدٍ) أي: أو مُدبَّرةً، وشَمِلَ الكبيرةَ والصَّغيرةَ، "بحر"[4].

[١٢٤٦٧] (قولُهُ: ومُكاتَبةٌ) خالَفَ "زفرُ" فقال: لا خِيارَ لها، وقوَّاهُ في "الفتح"[5]، وأجاب عنه في "البحر"[6].

[١٢٤٦٨] (قولُهُ: ولو كان النِّكاحُ برِضاها) وكذا بدُونِ رِضاها بالأَولى، وعبارةُ "الزَّيلعيِّ"[7] وغيرِهِ: ((ولا فَرْقَ في هذا بين أنْ يكون برِضاها أو بغيرِهِ)) اهـ.

وهذا التَّعميمُ ظاهرٌ في غيرِ المُكاتَبةِ؛ لِما قدَّمَهُ[8] "الشَّارح" قريباً: ((من أنَّ له إجبارَ قِنِّهِ

(قولُهُ: وهذا التَّعميمُ ظاهرٌ في غير المُكاتَبَةِ إلخ) بل هو ظاهرٌ فيها أيضاً وذلك: بأنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ قبلَ عَقْدِ الكِتَابةِ ثمَّ كاتَبَها ثمَّ عتَقَتْ يَثْبُتُ لها خِيارُ العِتْقِ، ففي هذه ثَبَتَ لها الخِيارُ مع أنَّ النِّكاحَ بلا رِضاهَا.

(١) هذا الكلام ليس في "تبيين الحقائق" بل ذكره ابن الشلبي في "حاشيته على تبيين الحقائق" ١٦٦/٢.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/ب.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون في الخيارات ٣٢٥/١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٥/٣.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٥/٣.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٥/٣.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ١٦٦/٢.

(٨) "در" صـ٥٧٣ـ٥٧٤ـ.

دَفْعاً لزيادةِ الملكِ عليها بطلقةٍ ثالثةٍ، فإنِ اختارَتْ نفسَها فلا مهرَ لها ،أو زَوْجَها فالمهرُ لسيِّدِها، ....

على النِّكاحِ لا مُكاتَبِهِ ولا مُكاتَبِتِهِ))، وفي "المعراج": ((أنَّه ليس لـه[1] إجبارُهما بالإجماعِ))، وبه تأيَّدَ قولُهُ في "الشُّرنبلاليَّة"[2]: ((إنَّ نَفْيَ رِضاءِ المكاتبةِ مَنْفيٌّ، فإنَّه كما لا يَنفُذُ تزويجُها نفسَها بدُونِ إذنِ مولاها لبقاءِ مِلكِهِ لرَقَبتِها لا يَنفُذُ تزويجُهُ إيَّاها بدُونِ إذنِها لِمُوجَبِ الكتابةِ))، وتمامُهُ هناك.

[١٢٤٦٩] (قولُهُ: دَفْعاً لزيادةِ المِلكِ عليها) علَّةٌ لقولِهِ: ((خُـيِّرَتْ))، وذلـك أنَّ الزَّوجَ كـان يَملِكُ عليها طلقَتيْنِ، فلمَّا صارَتْ حُرَّةً صار يَملِكُ عليها طلقةً ثالثـةً، وفيـه ضَـرَرٌ لهـا، فمَلَكَـتْ رفعَ أصلِ العَقْدِ لدَفْعِ الزِّيادةِ المُضِرَّةِ لها، ولهذا لم يَثْبُتْ خيارُ العتقِ للعبدِ الذَّكَـرِ؛ لأنَّـه ليس عليـه ضَرَرٌ، [٣/ق١٣٨/ب] وهو قادرٌ على الطَّلاقِ.

[١٢٤٧٠] (قولُهُ: فلا مهرَ لها) أي: إنْ لم يَدخُلْ بها الزَّوجُ؛ لأنَّ اختيارَها نفسَها فسـخٌ مـن الأصلِ، وإنْ كان دخَلَ بها فالمهرُ لسيِّدِها؛ لأنَّ الدُّخولَ بحكمِ نكاحٍ صحيحٍ، فتقرَّرَ به المسـمَّى، "بحر"[3].

[١٢٤٧١] (قولُهُ: أو زَوْجَها) بالنَّصبِ عطفٌ على قولِهِ: ((نفسَها)).

[١٢٤٧٢] (قولُهُ: فالمهرُ لسيِّدِها) أي: سواءٌ دخَـلَ الـزَّوجُ بهـا أو لم يَدخُـلْ؛ لأنَّ المهـرَ واجبٌ بمقابلةِ ما ملَكَ الزَّوجُ من البُضعِ، وقد مَلَكَهُ عن المولى فيكونُ بدلُهُ للمولى، "بحر"[4]

(قولُهُ: وذلك أنَّ الزَّوجَ كان يَمْلِكُ عليها طلْقَتَيْن إلخ) أورَدَ على هذا التَّعليلِ بأنَّ فيه دَفْعَ ضَرَرٍ عنها بإثباتِ ضَرَرٍ عليه وهو: رَفْعُ أصلِ العَقْدِ، والأسلَمُ الاستدلالُ بحديـث "بَرِيـرَةَ" حـين أُعتِقَـتْ؛ فإنَّـه عليه السَّلامُ قال لها: ((مَلَكْتِ بُضْعَكِ فاختاري)) قاله حين عتقَتْ.

---

(١) من ((إجبار)) إلى ((ليس له)) ساقط من "آ".

(٢) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥١/١. (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

ولو صغيرةً تُؤخَّرُ لبلوغِها، وليس لها خيارُ بلوغٍ في الأصحِّ (أو كانت) الأَمَةُ (عند النِّكاحِ حُرَّةً ثمَّ صارَتْ أَمَةً) بأن ارتدَّا ولَحِقا بدارِ الحربِ،........

عن "غاية البيان".

قلت: وقولُهُ: ((سواءٌ دخلَ بها الزَّوجُ أو لم يَدخُلْ)) لا يُنافي ما سيأتي[1] متناً من التَّفصيلِ بأنَّه لو وَطِئَ الزَّوجُ قبلَ العتقِ فالمهرُ للمولى، أو بعدَهُ فلها؛ لأنَّ ذاك فيما إذا كان النِّكاحُ بدُونِ إذنِ المولى ونَفَذَ النِّكاحُ بالعِتقِ، وبه تَملِكُ منافعَها، فإذا وَطِئَ بعدَهُ فالمهرُ لها بخلافِ ما هنا، فإنَّ النِّكاحَ بالإذنِ، فنَفَذَ النِّكاحُ في حالِ قيامِ الرِّقِّ كما سيأتي[2]، فافهم.

[١٢٤٧٣] (قولُهُ: ولو صغيرةً) أي: لو كانت المُعتَقةُ صغيرةً وقد زَوَّجَها مولاها قبلَ العتقِ تأخَّرَ خِيارُها إلى بُلُوغِها، قال في "البحر"[3]: ((لأنَّ فسخَ النِّكاحِ من التَّصرُّفاتِ المُتردِّدةِ بين النَّفعِ والضَّررِ، فلا تَملِكُهُ الصَّغيرةُ، ولا يَملِكُهُ وليُّها لقيامِهِ مَقامَها، كذا في "جامع الفصولين"[4]، فإذا بَلَغَتْ كان لها خِيارُ العتقِ لا خِيارُ البلوغِ على الأصحِّ، كذا في "الذَّخيرة")) اهـ.

٢/٣٨٠

وقيل: يَثبُتُ لها خِيارُ البلوغِ أيضاً، ويدخلُ تحتَ خيارِ العتقِ، وأمَّا لو زَوَّجَها بعدَ العتقِ ثمَّ بَلَغَتْ فإنَّ لها خِيارَ البُلُوغِ؛ لأنَّ وَلايةَ المولى عليها في الصُّورةِ الأُولى كوَلايةِ الأبِ بل أقوى،

(قولُهُ: كذا في "جامع الفُصُولَيْن") تُنْظرُ عبارةُ "الفُصُولَيْن"، والأوضَحُ في تعليلِ هذه المسألةِ أنْ يقالَ، كما نقَلَهُ "السِّنْدِيُّ" عن "الرَّحمتيِّ"؛ لأنَّ عبارَتَها مُلْغاةٌ، ولا يُمكِنُ اختيارُ مَولاهَا لأنَّ هذا ممَّا لا يقومُ مَقامَها فيه؛ لأنَّ صلاحِيَةَ أحدِ الزَّوجَيْن للآخرِ والوُفْقَ بينهُما لا يُدْرِكُهُ المَوْلَى فتَعَيَّنَ توقُّفُهُ على بُلُوغها اهـ. وعلى أنَّ عبارةَ "الفُصُولَيْن" كما ذَكَرَ، فقولُهُ: ((لقِيَامِه مَقَامَها)) علَّةٌ للمَنْفيِّ وهو يَمْلِكُ، لا للنَّفيِ، وعلَّته ممَّا علِمْتَهُ، ثمَّ رأيتُ عبارةَ "الفُصُولَيْن" هكذا: ((وكذا وَلِيُّها لا يَتصرَّفُ به لِقِيَامِهِ مَقَامَها)) اهـ. ويَصحُّ أنْ يكونَ عِلَّةً للنَّفْيِ يعني: أنَّه قائمٌ مَقامَها وهي لا تَمْلِكُهُ فكذا مَن قَامَ مَقامَها.

---

(١) "در" صـ٥٩٧ـ

(٢) المقولة [١٢٥٠٤] قوله: ((لمقابلته بمنفعة ملكتها)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٣٢٥.

(٤) جامع الفصولين": الفصل الخامس والعشرون في الخيارات ١/٤٢٥.

ثمَّ سُبِيا معاً، فأُعتِقَتْ خُيِّرَتْ عند "الثاني" خلافاً لـ "الثالث"، "مبسوط"(١).......

وفي هذه كوَلايةِ الأخِ والعمِّ بل أضعفُ كما أوضحناه في بابِ الوليِّ.

[١٢٤٧٤] (قولُهُ: معاً) قَيْدٌ في الجُملِ الثَّلاثةِ، وإنما قَيَّدَ به لأنَّ بارتدادِ أحدِهما أو لَحاقِهِ أو سَبْيِهِ يَنفسِخُ النِّكاحُ. اهـ "ح"(٢).

[١٢٤٧٥] (قولُهُ: خُيِّرَتْ عندَ "الثَّاني") لأنَّها بالعِتقِ مَلَكَتْ أَمْرَ نفسِها، وازدادَ مِلْكُ الزَّوجِ عليها، "ح"(٣) عن "البحر"(٤).

[١٢٤٧٦] (قولُهُ: خلافاً لـ "الثَّالث") أي: حيث قال: لا خِيارَ لها؛ لأنَّ بأصلِ العَقْدِ ثَبَتَ عليها مِلْكٌ كاملٌ برِضاها، ثمَّ انتَقَصَ المِلكُ، فإذا أُعتِقَتْ عادَ إلى أصلِهِ كما كان، ولا يخفى ترجيحُ قولِ "أبي يوسف" لدخولِه تحتَ النَّصِّ، كذا في "البحر"(٥). ومُرادُهُ بالنَّصِّ قولُهُ ﷺ لـ "بَريرةَ" حين أُعتِقَتْ: «مَلَكْتِ بُضْعَكِ فاختاري»(٦) [٣/ق١٣٩/أ] اهـ "ح"(٧)، أي: حيث أفادَ

---

(١) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب الخيار في النكاح ٥/١٠٠.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٦.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٦.

(٦) أخرجه الدارقطني ٣/٢٩٠ كتاب النكاح ـ باب المهر، ولفظه: ((اذهبي فقد عتق معك بضعك))، وابن سعد في "الطبقات" ٨/١٨٩ عن الشعبي مرسلاً، وأورده الزيلعي في "نصب الراية" ٣/٢٤٠، وابن حجر في "تلخيص الحبير" ٣/١٧٨ وقال: هذا مرسل، ووصله الدارقطني من طريق أبان بن صالح، عن هشام، عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها.
وفي الصحيحين عن عائشة أنَّ بريرة عتقت فخيَّرها النبي ﷺ من زوجها، أخرجه البخاري (٥٠٩٧) كتاب النكاح ـ باب الحرة تحت العبد، و(٥٢٨٤) كتاب الطلاق، ومسلم (١٥٠٤) (٩) و(١٢) كتاب العتق ـ باب الولاء لمن أعتق، وابن الجوزي في "التحقيق في مسائل الخلاف" ٩/٧٩ـ٨٠. والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٣/٨٢ كتاب النكاح ـ باب الأمة تعتق وزوجها حر هل لها خيار أم لا؟

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(والجهلُ بهذا الخيارِ) خيارِ العتقِ (عذرٌ) فلو لم تَعلَمْ به حتّى ارتَدّا ولَحِقا، فعَلِمَتْ ففَسَخَتْ صَحَّ، إلاّ إذا قُضِيَ باللّحاقِ،..............................

قولُهُ: « فاختاري » أنَّ علّةَ الاختيارِ مِلكُ البُضْعِ على وجهٍ زادَ مِلكُ الزَّوجِ عليها، مثل: زَنَى فرُجِمَ، وسرَقَ فقُطِعَ، حيث أفادت الفاءُ أنَّ العلّةَ الزِّنا والسَّرقةُ كما تقرَّرَ في الأصول، فلا يَرِدُ ما أورَدَهُ "الرَّحميُّ": ((من أنَّ النَّصَّ لا عمومَ فيه؛ لأنّه خطابٌ لِمُعيَّنةٍ))، فتدبَّر.

[١٢٤٧٧] (قولُهُ: خيارِ العِتقِ) بدلٌ من ((هذا الخيارِ))، "ح"[(١)].

[١٢٤٧٨] (قولُهُ: عذرٌ) أي: لاشتغالِها بخدمةِ المَوْلى، فلا تتفرَّغُ للتَّعلُّمِ، ثمَّ إذا عَلِمَتْ يَبطُلُ بما يدلُّ على الإعراضِ في مجلسِ العِلمِ كخيارِ المخيَّرة، ولو جَعَلَ لها قَدْراً على أنْ تختارَهُ ففعَلَتْ سقَطَ خِيارُها كما في "النَّهر"[(٢)]، زاد في "تلخيص الجامع": ((ولا شيءَ لها؛ لأنّه حقٌّ ضعيفٌ، فلا يَظهَرُ في حقِّ الاعتياضِ كسائرِ الخِياراتِ والشُّفعةِ والكفالةِ بالنَّفْس بخلافِ خيارِ العيب)).

[١٢٤٧٩] (قولُهُ: فلو لم تَعلَمْ به) قال في "البحر"[(٣)] عن "المحيط": ((إذا زوَّجَ عبدَهُ أَمَتَهُ ثمَّ أعتَقَها، فلم تَعلَمْ أنَّ لها الخِيارَ حتّى ارتَدّا ولَحِقا بدارِ الحرب ورَجَعا مُسلمَين، ثمَّ عَلِمَتْ بثُبوتِ الخِيارِ أو عَلِمَتْ بالخِيارِ في دارِ الحرب فلها الخِيارُ[(٤)] في مجلسِ العِلم)) اهـ "ح"[(٥)].

وكذا الحربيَّةُ إذا تَزَوَّجَها حربيٌّ ثمَّ أُعتِقَتْ خُيِّرَتْ سواءٌ عَلِمَتْ في دارِ الحربِ أو في دارِنا بعدَ الإسلام، "نهر"[(٦)].

[١٢٤٨٠] (قولُهُ: إلاّ إذا قُضِيَ باللّحاقِ) أي: فلا يصحُّ فسخُها لعَوْدِها رقيقةً بالحكم بلَحاقِها؛

(قولُهُ: لأنّه خِطابٌ لِمُعيَّنةٍ) ونِكاحُها لَم يَنعقِدْ مُوجِباً بثلاثٍ.

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٦/٣.

(٤) ((فلها الخيار)) ساقط من "الأصل".

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩١/ب.

وليس هذا حكماً(١) بل فتوى، "كافي". (ولا يتوقَّفُ على القضاءِ) ولا يبطُلُ بسكوتٍ.

لأنَّ الكُفَّارَ في دارِ الحربِ كلُّهم أرِقَّاءُ وإنْ كانوا غيرَ مملوكِينَ لأحدٍ كما يأتي أوَّلَ العِتاقِ. اهـ "ح"(٢)، وأقرَّهُ "ط"(٣) و"الرَّحمتيُّ".

قلت: ما يأتي محمولٌ على الحربيِّ إذا أُسِرَ، فهو رقيقٌ قبلَ الإحرازِ بدارِنا، وبعدَهُ رقيقٌ ومملوكٌ كما سيأتي(٤) هناك، وهو صريحُ ما قدَّمناهُ(٥) أوَّلَ هذا البابِ، فالظَّاهرُ أنَّ علَّةَ عدمِ صِحَّةِ الفسخِ كونُ الحكمِ باللَّحاقِ موتاً حكميّاً يَسقُطُ به التَّصرُّفاتُ الموقوفةُ على الإسلامِ، فيَسقُطُ به حقُّ الفسخِ الذي هو حقٌّ مجرَّدٌ بالأَولى، ثمَّ رأيتُ في "شرح التَّلخيص" علَّلَ بما قلتُهُ، فللَّهِ تعالى الحمدُ.

[١٢٤٨١] (قولُهُ: وليس هذا حكماً(٦)) جوابُ سؤالٍ تقديرُهُ: كيف حَكَمتُم بصحَّةِ فسخِ مَن في دارِ الحرب وأحكامُنا مُنقطِعةٌ عنهم؟! "ح"(٧)(٨).

[١٢٤٨٢] (قولُهُ: بل فتوى) أي: إخبارٌ عند السُّؤالِ عن الحادثةِ، "ط"(٩).

[١٢٤٨٣] (قولُهُ: ولا يَتوقَّفُ) أي: الفسخُ بخيارِ العتقِ لا يَتوقَّفُ على قضاءِ القاضي.

[١٢٤٨٤] (قولُهُ: ولا يَبطُلُ بسُكُوتٍ) أي: ولو كانَتْ بِكْراً، بل لا بدَّ من الرِّضاءِ [٣/ق١٣٩/ب] صريحاً أو دلالةً، "ط"(١٠).

---

(١) في "الأصل" و"آ" و"م": ((بحكم))، وفي "ب": ((حكم)) وهو تحريف.

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

(٤) المقولة [١٩٨٣٧] قوله: ((ونملك عليهم جميع ذلك)).

(٥) المقولة [١٢٣٣٢] قوله: ((هو المملوك)).

(٦) في "ب":((حكم))، وهو خطأ.

(٧) في "د": ((مدني)) بدل(("ح")). ق١٦٨/ب.

(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ ـ ب.

(٩) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

(١٠) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٧/٢.

ولا يثبُتُ لغلامٍ، ويَقتصِرُ على مجلسٍ كخيارِ مُخيَّرةٍ[1] بخلافِ خيارِ البلوغِ في الكلِّ، "خانيَّة"[2].

(نكَحَ عبدٌ بلا إذنٍ فعَتَقَ) أو باعَهُ..................................

[١٢٤٨٥] (قولُهُ: ولا يَثبُتُ لغلامٍ) أي: لعبدٍ ذَكَرٍ؛ لأنَّه ليس فيه زيادةُ مِلكٍ عليه بخلافِ الأَمَةِ، ولأنَّه يَملِكُ الطَّلاقَ، فلا حاجةَ إلى الفسخ.

[١٢٤٨٦] (قولُهُ: ويَقتصِرُ على مجلسٍ) أي: مجلسِ العِلمِ، ويَمتَدُّ إلى آخرِهِ، فإذا قامَتْ بطَلَ.

[١٢٤٨٧] (قولُهُ: كخِيارِ مُخيَّرةٍ) أي: مَن قال لها زَوجُها: اختاري نفسَكِ، فإنَّها تختارُ ما دامَتْ في المجلس.

[١٢٤٨٨] (قولُهُ: بخلافِ خِيارِ البلوغِ في الكلِّ) أي: في كلِّ الخمسةِ المذكورةِ، فإنَّ الجهلَ فيه ليس بعُذرٍ، ويتوقَّفُ على القضاءِ، ويَبطُلُ بسُكوتِها بعدَ عِلمِها بالنِّكاحِ، ويَثبُتُ للأنثى والغلامِ، ولا يَمتَدُّ إلى آخرِ المجلس إنْ كانَتْ بِكْراً، ولو ثيِّباً فوقتُهُ العمرُ إلى وجودِ الرِّضاءِ صريحاً أو دلالةً كما في الغلامِ إذا بلَغَ.

[١٢٤٨٩] (قولُهُ: نكَحَ عبدٌ بلا إذنٍ) قيَّدَ بالنِّكاحِ لأنه لو اشترَى شيئاً فأعتَقَهُ المولى لا يَنفُذُ الشِّراءُ بل يَبطُلُ؛ لأنَّه لو نَفَذَ عليه لتغيَّرَ المالكُ، "بحر"[3].

[١٢٤٩٠] (قولُهُ: فعَتَقَ) بفتحِ أوَّلِهِ مبنيٌّ للفاعل، ولا يجوزُ ضَمُّهُ بالبناء للمفعولِ؛ لأنَّه لازمٌ، "أبو السُّعود"[4] عن "الحمويِّ"، "ط"[5].

[١٢٤٩١] (قولُهُ: أو باعَهُ) أي: مثلاً، والمرادُ انتقالُ المِلكِ إلى آخَرَ بشراءٍ أو هِبَةٍ أو إرثٍ.

---

(١) في "و": ((المخيرة)).

(٢) "الخانية": كتاب النكاح ـ فصل في الخيارات التي تتعلق بالنكاح ١/٤١٤ ـ ٤١٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٧.

(٤) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٨٢.

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٨.

فأجازَ المشتري (نفَذَ) لزوالِ المانعِ (وكذا) حكمُ (الأَمَةِ، ولا خيارَ لها)...........

[١٢٤٩٢] (قولُهُ: فأجازَ المشتري) أي: أجازَ النِّكاحَ الواقعَ عند المالكِ الأوَّلِ.

[١٢٤٩٣] (قولُهُ: لزوالِ المانعِ) لأنَّ المانعَ من النَّفاذِ كان حقَّ المولى، وقد زالَ لَمَّا خرَجَ عن مِلكِهِ.

[١٢٤٩٤] (قولُهُ: وكذا حكمُ الأَمَةِ) أطلَقَها فشَمِلَ القِنَّةَ والمُدبَّرةَ وأمَّ الولدِ والمُكاتَبةَ، لكنْ في المُدبَّرةِ وأمِّ الولدِ تفصيلٌ يأتي[1]، "بحر"[2]. وهذا في الأَمَةِ إذا أُعتِقَتْ، أمَّا لو ماتَ عنها أو باعَها فإنْ كان المالكُ الثَّاني لا يَحِلُّ له وطؤُها فكالعبدِ، وإلاَّ فإنْ كان الزَّوجُ لم يَدخُلْ بها بطَلَ العَقْدُ الموقوفُ لطُرُوِّ الحِلِّ الباتِّ عليه، وإنْ كان دخَلَ ففي ظاهرِ الرِّوايةِ كذلك لبُطْلانِ الموقوفِ باعتراضِ المِلكِ الثَّاني وإنْ كان ممنوعاً من غِشيانِها، وتوضيحُهُ في "البحر".

٢/٣٨١ [١٢٤٩٥] (قولُهُ: ولا خِيارَ لها) أي: للأَمَةِ، أمَّا العبدُ فلا خِيارَ له أصلاً وإنْ نكَحَ بالإذنِ كما مَرَّ[3]. وشَمِلَ المُكاتَبةَ، فإنَّها لا خيارَ لها للعلَّةِ الآتية، وبها صرَّحَ في "الشُّرنبلاليَّة"[4]، وما قالَهُ "ابن كمال باشا": ((من أنَّه لها الخيارُ)) كما مَرَّ[5] فهو سَبْقُ قلمٍ، وكذا ما كتَبَهُ بهامشِهِ من قولِهِ في "الهداية"[6]: ((وقال "زفرُ": لا خيارَ لها بخلافِ الأَمَةِ إلخ))، فهو كذلك؛ لأنَّ ما مَرَّ[7] من أنَّ لها الخيارَ عندنا خلافاً لـ"زفر" إنما هو في مسألةِ تَزَوُّجِها [٣/ق١٤٠/أ] بإذنِ مولاها، وكلامُنا في التَّزوُّجِ بدُونِ إذنِهِ كما هو صريحٌ في كلام "الهداية"، فتنبَّهْ.

---

(١) المقولة [١٢٤٩٩] قوله: ((وكذا مدبرة عتقت بموته)) والتي بعدها.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٧-٢١٨.

(٣) المقولة [١٢٤٨٥] قوله: ((ولا يثبت لغلام)).

(٤) "الشرنبلالية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ١/٣٥١. (هامش "الدرر والغرر").

(٥) "در" صـ٥٨٨ـ.

(٦) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ١/٢١٧.

(٧) المقولة [١٢٤٦٧] قوله: ((ومكاتبة)).

لكونِ النُّفوذِ بعد العتقِ، فلم تتحقَّقْ زيادةُ المِلكِ، وكذا لو اقترَنا، بأنْ زَوَّجَها فضوليٌّ وأعتقَها فضوليٌّ وأجازَهما المولى، وكذا مُدبَّرةٌ عتقَتْ بموتِهِ، وكذا أمُّ الولدِ إنْ دخَلَ بها الزَّوجُ، وإلاَّ لم يَنفُذْ؛ لأنَّ عِدَّتَها من المولى..........

[١٢٤٩٦] (قولُهُ: لكونِ النُّفُوذِ بعدَ العتقِ) فصارَتْ كما إذا زَوَّجَتْ نفسَها بعدَ العتقِ، ولذا قال "الإسبيجابيُّ": ((الأصلُ أنَّ عَقْدَ النِّكاحِ متى تَمَّ على المرأةِ وهي مملوكةٌ ثبتَ لها خيارُ العتقِ، ومتى تَمَّ عليها وهي حُرَّةٌ لا يَثبُتُ لها خِيارُ العتقِ))، "بحر"[١].

[١٢٤٩٧] (قولُهُ: فلَمْ تتحقَّقْ زيادةُ المِلكِ) أي: بطَلْقةٍ ثالثةٍ، وعلَّةُ ثُبوتِ الخِيارِ ثُبوتُ الزِّيادةِ المذكورةِ كما مَرَّ[٢].

[١٢٤٩٨] (قولُهُ: وكذا لو اقترَنا) أي: العتقُ ونفاذُ النِّكاحِ، فإنَّهما لَمَّا أجازَهما المولى معاً ثَبَتا معاً.

[١٢٤٩٩] (قولُهُ: وكذا مُدبَّرةٌ عَتَقَتْ بموتِهِ) أي: حكمُها حكمُ ما إذا أعتَقَها في حياتِهِ المذكورُ في قولِهِ: ((وكذا حكمُ الأَمَةِ))، وأفادَ بقولِهِ: ((عَتَقَتْ)) أنَّها تُخرَجُ من الثُّلثِ، فإنْ لم تُخرَجْ لم يَنفُذْ حتَّى تُؤدِّيَ بدلَ السِّعايةِ عنده، وعندهما جازَ كما في "البحر"[٣] عن "الظَّهيريَّة"[٤]، أي: لأنَّها عندهما تَسعَى وهي حُرَّةٌ.

[١٢٥٠٠] (قولُهُ: وكذا أمُّ الولدِ إلخ) أي: إذا أعتَقَها أو ماتَ عنها المولى إنْ دخَلَ بها الزَّوجُ قبلَ العتقِ نَفَذَ النِّكاحُ على روايةِ "ابن سماعةَ" عن "محمَّدٍ"؛ لأنَّه وجَبَ[٥] العِدَّةُ من الزَّوجِ، فلا تَجبُ العِدَّةُ من المولى، أمَّا على ظاهرِ الرِّوايةِ لا تَجبُ العِدَّةُ من الزَّوجِ، فوَجَبَتِ العِدَّةُ من المولى،

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٧.

(٢) المقولة [١٢٤٦٩] قوله: ((دفعاً لزيادة الملك عليها)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٧.

(٤) "الظهيرية": كتاب العتاق ـ الفصل الثالث في التدبير والاستيلاد ق١١٦/ب.

(٥) في "م": ((وجبت)).

تَمنَعُ نفاذَ النّكاحِ (فلو وَطِئَ) الزَّوجُ الأَمَـةَ (قبلَـهُ) أي: العتـقِ (فـالمهرُ المسـمَّى لـه) أي: للمولى (أو بعده فلها) لمقابلتِهِ بمنفعةٍ مَلَكَتْها.

(ومَن وَطِئَ قِنَّةَ ابنِهِ...

ووجوبُها منه قبلَ الإجازةِ يُوجِبُ انفساخَ النّكاحِ كما في "البحر"[1] عن "المحيط"، وإنما لم تَجِبِ العِدَّةُ من الزَّوجِ لأنَّها لا تَجبُ إلاَّ بعدَ التَّفريقِ بينهما كما أفادَهُ في "البحر" في المسألةِ السَّابقة.

[١٢٥٠١] (قولُهُ: تَمنَعُ نفاذَ النّكاحِ) أي: تُبطِلُهُ؛ إذ لا يمكنُ توقُّفُه مع العِدَّة، "بحـر"[2]؛ لأنَّ المُعتدَّةَ لا تَحِلُّ لغيرِ مَن اعتَدَّتْ منه.

[١٢٥٠٢] (قولُهُ: فلو وَطِئَ الزَّوجُ الأَمَةَ) أي: التي نَكَحَتْ بغيرِ إذنِ مولاها ثمَّ نفَذَ نكاحُها بالعتقِ.

[١٢٥٠٣] (قولُهُ: فالمهرُ المسمَّى له) أي: إنْ كان، وإلاَّ فمهرُ المثل، "نهر"[3]. وإنما كـان لـه لأنَّ الزَّوجَ استَوفَى منافعَ مملوكةً للمولى، "بحر"[4].

[١٢٥٠٤] (قولُهُ: لمقابلتِهِ بمنفعةٍ مَلَكَتْها) لأنَّ العَقْدَ نَفَذَ بالعتقِ، وبه تَملِـكُ منافعَهـا، بخلافِ النَّفاذِ بالإذنِ والرِّقُّ قائمٌ، "بحر"[5].

[١٢٥٠٥] (قولُهُ: ومَن وَطِئَ قِنَّةَ ابنِهِ) أي: أو بنتِهِ، "حموي" عن "البرْجَنديِّ". وشَمِلَ الابـنُ الكافرَ، "قهستاني"[6]. والصَّغيرَ [٣/ق١٤٠/ب] والكبيرَ، "بحر"[7]. وشَمِلَ مـا إذا كانَتْ موطوءةً

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٧.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٧ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٢/ب.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٨ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٨.

(٦) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل في نكاح القن ١/٢٩٤.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٩.

فوَلَدَتْ) فلو لم تَلِدْ لَزِمَ عُقرُها،..............................

للابنِ أو لم تكنْ، "ظهيريَّة"[1] مِن العِتقِ. ومحترزُ القِنَّةِ ما يأتي[2] في قولِهِ: ((ولو ادَّعى ولدَ أمِّ ولدِهِ إلخ))، ومحترزُ الابنِ ما يأتي[3] في قولِ "المصنِّفِ": ((ولو وَطِئَ جاريةَ امرأتِهِ أو والدِهِ إلخ)).

[١٢٥٠٦] (قولُهُ: فوَلَدَتْ) عطفٌ على ((وَطِئَ))، وتعقيبُ كلِّ شيءٍ بحسَبِهِ كما في: تَزَوَّجَ زيدٌ فوُلِدَ له، فالظَّاهرُ أنَّها لو وَلَدَتْ قبلَ مُضيِّ مُدَّةِ الحملِ لم تصحَّ الدَّعوى، بل مُفادُ قولِهِ: ((فادَّعاهُ)) عطفاً على ((فوَلَدَتْ)) أنَّه لو ادَّعاه وهي حُبْلى لم تصحَّ حتَّى تَلِدَ، قال في "البحر"[4]: ((ولم أَرَهُ صريحاً))، وفي "النَّهر"[5]: ((ينبغي أنَّها لو وَلَدَتْهُ لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ دَعْوَتِهِ أنْ تصحَّ)).

مطلبٌ في تفسيرِ العُقْر

[١٢٥٠٧] (قولُهُ: لَزِمَ عُقْرُها) قال في "الفتح"[6]: ((العُقرُ هو مهرُ مثلِها في الجَمالِ، أي: ما يُرغَبُ فيه في مثلِها جَمالاً فقط، وأمَّا ما قيل: ما يُستأجَرُ به مثلُها للزِّنا لو جازَ فليس معناه، بل العادةُ أنَّ ما يُعطَى لذلك أقلُّ ممَّا يُعطَى مهراً؛ لأنَّ الثَّانيَ للبقاءِ بخلافِ الأوَّلِ)) اهـ.

وإذا تكرَّرَ منه الوطءُ ولم تَحبَلْ لَزِمَهُ مهرٌ واحدٌ بخلافِ وطءِ الابنِ جاريةَ الأبِ مِراراً،

(قولُهُ: العُقْرُ هو مهرُ مِثْلِها إلخ) تقدَّمَ لـ"المُحشِّي" في المهْرِ أنَّ المواضِعَ الَّتي يَجِبُ فيها المهْرُ بسببِ الوَطْءِ بشُبْهةٍ ليس المُرادُ به مهرُ المِثْلِ الواجبِ بالنِّكاحِ الفاسِدِ بل المُرادُ به العُقْرُ، وفسَّرهُ "الإسبيجابيُّ" بأنَّه يُنْظَرُ بكم تُسْتأجَرُ للزِّنا لو كان حَلالاً، وكذا نُقِلَ عن مَشايخِنا في شُرْبِ "الأصل" لـ"السَّرْخَسيِّ" إلى آخر ما نَقَلَهُ عن "البحر" فانظُرْهُ مع ما تقدَّمَ نقْلُهُ، تأمَّل.

---

(١) "الظهيرية": كتاب العتاق ـ الفصل الثالث في التدبير والاستيلاد ق١١٧/ب بتصرّف.

(٢) "در" صـ٦٠٤ـ.

(٣) "در" صـ٦٠٨ـ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٢/ب.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

وارتَكَبَ مُحرَّماً، ولا يُحَدُّ قاذفُهُ........

فعليه بكلِّ وطءٍ مهرٌ؛ لأنَّ المهرَ وجَبَ بسببِ دَعْوى الشُّبهةِ، ولو لم يَدَّعِها يَلزَمُهُ الحَدُّ، فبتَكَرُّرِ دَعْواها يتكرَّرُ المهرُ بخلافِ الأبِ، فإنَّه لا يحتاجُ إلى دَعْوى الشُّبهةِ، "خانيَّة"[1].

[١٢٥٠٨] (قولُهُ: وارتكَبَ مُحرَّماً إلخ) كذا في "النَّهر"[2]، وأصلُهُ في "البحر"[3] حيث قال: ((وقيَّدَ بالولادةِ لأنَّه لو وَطِئَ أَمَةَ ابنِهِ ولم تَحبَلْ فإنَّه يَحرُمُ عليه ولا يَملِكُها، ويَلزَمُهُ عُقرُها، بخلافِ ما إذا حَبِلَتْ منه فإنَّه يتبيَّنُ أنَّ الوطءَ حلالٌ، لتقدُّمِ مِلكِهِ عليه، ولا يُحَدُّ قاذفُهُ في المسألتين، أمَّا إذا لم تَلِدْ منه فظاهرٌ؛ لأنَّه وَطِئَ وَطْئاً حراماً في غيرِ مِلكِهِ، وأمَّا إذا حَبِلَتْ منه فلأنَّ شُبهةَ الخلافِ في أنَّ المِلكَ يَثبُتُ قبلَ الإيلاجِ أو بعدَهُ مُسقِطةٌ لإحصانِهِ كما في "الفتح"[4] وغيرِهِ)) اهـ.

وقولُهُ: ((فإنَّه يتبيَّنُ أنَّ الوطءَ حلالٌ)) تصريحٌ بمفهومِ ما هنا، وفيه تأمُّلٌ؛ لأنَّ ثُبوتَ ملكِهِ لها قبيلَ الوطءِ عندنا وقبيلَ العُلُوقِ عند "الشَّافعيِّ" إنما هو لضرورةِ ثُبوتِ النَّسَبِ كما أوضَحَهُ في "الفتح"، ولا يَلزَمُ من ذلك حِلُّ الإقدامِ على هذا الوطءِ، كما لو غصَبَ شيئاً وأتلَفَهُ ثمَّ أدَّى ضمانَهُ لمالكِهِ، لا يَلزَمُ من استنادِ المِلكِ إلى وقتِ الغَصْبِ حِلُّ ما صنَعَ، ولعلَّ المرادَ بقولِهِ: ((حلالٌ)) أنَّه ليس بزنًا؛ [٣/ق١٤١/أ] إذ لو كان زنًا لَزِمَهُ العُقرُ ولم يَثبُتِ النَّسَبُ، ويدلُّ على ما قلنا إطلاقُ قولِهِ الآتي: ((ولذا يَحِلُّ له عندَ الحاجةِ الطَّعامُ لا الوطءُ))، وكذا ما قدَّمناهُ[5] عن "الظَّهيريَّة" من صحَّةِ الدَّعوى في الأَمَةِ الموطوءةِ للابنِ مع أنَّها مُحرَّمةٌ على الأبِ حُرْمةً مُؤبَّدةً، فليُتأمَّل.

---

(١) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في ذكر مسائل المهر ـ فصل في تكرار المهر ٢٩٥/١. (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٢/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

(٥) المقولة [١٢٥٠٥] قوله: ((ومن وطئَ قِنَّةَ ابنِهِ)).

(فادَّعاهُ الأبُ) وهو حرٌّ مسلمٌ عاقلٌ (ثَبتَ نَسَبُهُ) بشرطِ بقاءِ مِلكِ ابنِهِ مِن وقتِ الوطءِ إلى الدَّعوةِ،..

[١٢٥٠٩] (قولُهُ: فادَّعاهُ) أي: عند قاضٍ كما في "شرحِ ابن الشِّلْبي"، وأفادَ أنَّه لا يُشتَرَطُ في صحَّةِ الدَّعْوى دَعوى الشُّبهةِ ولا تصديقُ الابنِ، "فتح"[1]. ٣٨٢/٢

والظَّاهِرُ: أنَّ الفاءَ لمجرَّدِ التَّرتيبِ، فلا يَلزَمُ الدَّعوى عَقِبَ الولادةِ، وادَّعَى "الحمويُّ" اللُّزومَ فَوْراً، وهو بَعِيدٌ، فليُراجَع.

[١٢٥١٠] (قولُهُ: وهو حُرٌّ مُسلِمٌ عاقلٌ) فلو كان عبداً أو مُكاتَباً أو كافراً أو مجنوناً لم تصحَّ الدَّعوى لعدمِ الوَلايةِ، ولو أفاقَ المجنونُ ثمَّ وَلَدَتْ لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ يصحُّ استحساناً، ولو كانا من أهلِ الذِّمَّةِ إلاَّ أنَّ مِلَّتَيْهما مختلفةٌ جازَتِ الدَّعوى من الأبِ، "فتح"[2]. فأفادَ أنَّ الإسلام شرطٌ فيما لو كان الابنُ مسلماً، أمَّا لو كان كافراً فلا يُشتَرَطُ إسلامُ الأبِ ولو اختَلَفَتِ المِلَّةُ؛ لأنَّ الكفر مِلَّةٌ واحدةٌ، وفي "الظَّهيريَّة"[3]: ((ولو كان الأبُ مسلماً والابنُ كافراً صَحَّتْ دَعْوتُهُ، ولو كان الأبُ مُرتَدّاً فدَعْوتُهُ موقوفةٌ عنده نافذةٌ عندهما)).

[١٢٥١١] (قولُهُ: بشَرْطِ إلخ) فلو حَبِلَتْ في غيرِ مِلكِهِ، أو فيه وأخرَجَها الابنُ عن مِلكِهِ ثمَّ استَرَدَّها لا تصحُّ الدَّعوى؛ لأنَّ المِلكَ إنما يَثبُتُ بطريقِ الاستنادِ إلى وقتِ العُلُوق، فيَستدعِي قيامَ وَلايةِ التَّملُّكِ من حينِ العُلُوقِ إلى التَّملُّكِ، هذا إنْ كَذَّبَهُ الابنُ، فإنْ صَدَّقَهُ صحَّتِ الدَّعوى، ولا يَملِكُ الجاريةَ كما إذا ادَّعاهُ أجنبيٌّ، ويَعتِقُ على المولى كما في "المحيط"، "بحر"[4].

(قولُهُ: أي: عند قاضٍ إلخ) لَم يَظْهَر وجهٌ لهذا التَّقييدِ.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) "الظهيرية": كتاب العتاق ـ الفصل الثالث في التدبير والاستيلاد ق١١٧/ب بتصرّف.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

وبَيْعُها لأخيه مثلاً لا يَضُرُّ، "نهر" بحثاً. (وصارَتْ أمَّ ولدِهِ) لاستنادِ الملكِ.........

قال في "النّهر"[1]: ((المذكورُ في "الشَّرح" لـ "الزَّيلعيِّ"[2] ـ وعليه جَرَى في "فتح القدير"[3] وغيرِهِ ـ أنَّه لا يُشترَطُ في صحَّتِها دعوى الشُّبهةِ ولا تصديقُ الابنِ)) اهـ.

أقول: كأنَّه فَهِمَ أنَّ الإشارةَ في قوله: ((هذا إنْ كَذَّبَهُ الابنُ)) راجعةٌ إلى أصلِ المسألةِ، أعني: ما إذا بَقِيَتِ الجاريةُ في مِلكِ الابنِ، وليس كذلك، بل هي راجعةٌ إلى قولِهِ: ((فلو حَبِلَتْ في غيرِ مِلكِهِ، أو فيه وأخرَجَها الابنُ عن مِلكِهِ إلخ))، فلا يُنافي ذلك ما ذكرَهُ في [٣/ق١٤١/ب] "الزَّيلعيِّ" و"الفتح" من عدمِ اشتراطِ التَّصديقِ؛ لأنَّه في أصلِ المسألة لا فيما نحن فيه، بدليلِ أنَّ اشتراطَ بقائها في مِلكِ الابنِ مذكورٌ في "الزَّيلعيِّ" و"الفتح"، فلو كان لا يُشترَطُ تصديقُ الابنِ وإنْ أخرَجَها عن مِلكِهِ لم يَبْقَ فائدةٌ لاشتراطِ بقائها في مِلكِهِ، وفي "الظَّهيريَّة"[4] مِن العِتق: ((يُشترَطُ أنْ تكونَ الجاريةُ في مِلكِهِ من وقتِ العُلوقِ إلى الدَّعوةِ، حتَّى لو عَلِقَتْ فباعَها الابنُ، ثمَّ اشتَرَاها أو رُدَّتْ عليه بعَيْبٍ بقضاءٍ أو غيرِهِ، أو بخيارِ رؤيةٍ أو شرطٍ أو بفسادِ البيعِ، ثمَّ ادَّعاهُ الأبُ لا يَثبُتُ النَّسبُ إلاَّ إذا صَدَّقَهُ الابنُ)) اهـ، فهذا أيضاً صريحٌ فيما قلنا، فتدبَّر.

[١٢٥١٢] (قولُهُ: وبيعُها لأخيه مثلاً) أي: أو ابنِهِ أو ابنِ أخيه ((لا يَضُرُّ))؛ لأنَّها لا تَخرُجُ والحالةُ هذه عن كونِها جاريةَ فَرْعِهِ. اهـ "ح"[5]. وفيه: أنَّ بيعَها لابنِهِ لا يُفيدُ؛ لأنَّه لا وَلايةَ للجَدِّ عليه مع وجودِ الأبِ، نعم بَيْعُها لابنِ أخيه يُفيدُ إذا كان أبو ذلك الابنِ ميتاً أو مسلوبَ الوَلايةِ بكفرٍ أو رِقٍّ أو جُنُونٍ؛ ليكونَ للجَدِّ الْمُدَّعي وَلايةٌ؛ لأنَّ دَعْوَةَ الجَدِّ لا تصحُّ إلاَّ عند الوَلايةِ على فرعِهِ كما يأتي[6]، أفادَهُ "الرَّحمتيُّ"، فافهم.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٢/ب.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٤) "الظهيرية": الفصل الثالث في التدبير والاستيلاد ق١١٧/ب بتصرّف.

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/ب.

(٦) "در" صـ٦٠٥ـ.

لوقتِ العُلُوقِ (وعليه قيمتُها) ولو[1] فقيراً؛ لقُصُورِ حاجةِ بقاءِ نَسْلِهِ عن بقاءِ نفسِهِ، ولذا يَحِلُّ له عند الحاجةِ الطَّعامُ لا الوطءُ، ويُجبَرُ على نفقةِ أبيه لا على دَفْعِ جاريةٍ لتَسَرِّيه

[١٢٥١٣] (قولُهُ: لوقتِ العُلُوقِ) كذا في "الفتح"[2]، أي: لوقتِ الوطءِ القريبِ من وقتِ العُلُوقِ كيلا يُنافِيَ ما يأتي[3] قريباً، تأمَّل.

[١٢٥١٤] (قولُهُ: وعليه قيمتُها) أي: لولدِهِ يومَ عَلِقَتْ كما في "مسكين"، "ط"[4]. وفي "المحيط": ((ولو استَحَقَّها رجلٌ يأخُذُها وعُقْرَها وقيمةَ ولدِها؛ لأنَّ الأبَ صار مغروراً، ويَرجِعُ الأبُ على الابنِ بقيمةِ الجاريةِ دونَ العُقرِ وقيمةِ الولدِ؛ لأنَّ الابنَ ما ضَمِنَ له سلامةَ الأولاد)) اهـ "بحر"[5].

[١٢٥١٥] (قولُهُ: لقُصُورِ إلخ) أي: أنَّ[6] للأبِ وَلايةَ تَمَلُّكِ مالِ ابنِهِ للحاجةِ إلى إبقاءِ نفسِهِ، فكذا إلى صَوْنِ نَسْلِهِ؛ لأنَّه جزءٌ منه، لكنَّ الأُولى أشدُّ، ولذا يَتملَّكُ الطَّعامَ بغيرِ قيمتِهِ والجاريةَ بالقيمةِ، ويَحِلُّ له الطَّعامُ عند الحاجةِ دون وطءِ الجاريةِ، ويُجبَرُ الابنُ على الإنفاقِ عليه دونَ دَفْعِ الجاريةِ للتَّسرِّي، فللحاجةِ جازَ له التَّملُّكُ، ولقُصُورِها أَوجَبْنا عليه القيمةَ مُراعاةً للحقَّين، "فتح"[7]. وما ذكرَهُ: ((من أنَّه لا يُجبَرُ على الجاريةِ [٣/ق١٤٢/أ] للتَّسرِّي)) ذكرَهُ "الزَّيلعيُّ"[8] أيضاً، ومثلُهُ في "الدُّررِ"[9] و"غاية البيان" و"النِّهاية"، وما في هذه الشُّروحِ المعتبَرةِ

---

(١) الواو ليست في "ب" و"ط".

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣.

(٣) المقولة [١٢٥١٦] قوله: ((لا عقرها)).

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٧٨/٢.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٦) في "الأصل": ((أي: لأن)).

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٨/٣-٢٧٩.

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٩) "الدرر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ٣٥٢/١.

(لا عُقرُها وقيمةُ[1] ولدِها) ما لم تكن مُشترَكةً، فتجبُ حصَّةُ الشَّريكِ،..........

لا يُعارِضُهُ ما سيأتي[2] في النَّفقة، وعزَاهُ في "الشُّرنبلاليَّة"[3] إلى "الجوهرة"[4]: ((من أنَّه يُجبَرُ))، فتدبَّر.

[١٢٥١٦] (قولُهُ: لا عُقرُها) تقدَّمَ[5] تفسيرُهُ قريباً، وعند "الشَّافعيِّ" و"زفرَ" عليه عُقرُها لثُبُوتِ المِلكِ فيها قُبيلَ العُلُوقِ؛ لضرورةِ صيانةِ الولد، وعندنا قُبيلَ الوطءِ؛ لأنَّ لازمَ كون الفعلِ زنًا ضَياعُ الماءِ شرعاً، فلو لم يُقدَّمْ عليه ثبَتَ لازمُهُ، فظهَرَ أنَّ الضَّرورةَ لا تَندَفِعُ إلاَّ بإثباتِهِ قبلَ الإيلاجِ، بخلاف ما لو لم تَحبَلْ حيث يجبُ العُقرُ، "فتح"[6]، أي: لأنَّها إذا لم تَحبَلْ لم تُوجَدْ عِلَّةُ تقدُّمِ مِلكِهِ فيها وهي صيانةُ الولدِ كما أفادَهُ "الزَّيلعيُّ"[7].

[١٢٥١٧] (قولُهُ: وقيمةُ ولدِها) أي: ولا قيمةُ ولدِها؛ لأنَّه عَلِقَ حُرّاً لتقدُّمِ مِلكِهِ، "نهر"[8].

[١٢٥١٨] (قولُهُ: ما لم تكن مُشتَرَكةً) قال في "البحر"[9]: ((فلو كانَتْ مُشتَرَكةً بينَهُ ـ أي: بينَ الابنِ ـ وبينَ أجنبيٍّ كان الحكمُ كذلك، إلاَّ أنَّه يَضمَنُ لشريكِهِ نصفَ عُقرِها، ولم أَرَهُ، ولو كانَتْ مُشتَرَكةً بين الأبِ والابنِ أو غيرِهِ تَجِبُ حِصَّةُ الشَّريكِ الابنِ وغيرِهِ من العُقرِ وقيمةِ باقيها إذا حَبِلَتْ لعدمِ تقديمِ المِلكِ في كلِّها؛ لانتفاءِ مُوجِبِهِ وهو صيانةُ النَّسْلِ؛ إذ ما فيها من المِلكِ يكفي لصحَّةِ الاستيلاد، وإذا صَحَّ ثَبتَ المِلكُ في باقيها حكماً لا شرطاً كما في "الفتح"[10]، وهي مسألةٌ عجيبةٌ، فإنَّه إذا لم يكن للواطئ فيها شيءٌ لا مهرَ عليه، وإذا كانَتْ مُشتَرَكةً لَزِمَهُ)) اهـ.

---

(١) في "و": ((ولا قيمة)).

(٢) المقولة [١٦٢٤٠] قوله: ((بل وتزويجه أو تسويه)).

(٣) "الشرنبلالية": كتاب الطلاق ـ باب النفقة ٤١٨/١. (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "الجوهرة النيرة": كتاب النفقات ١٧٣/٢.

(٥) المقولة [١٢٥٠٧] قوله: ((لزم عقرها)).

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ١٦٩/٢.

(٨) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٢/ب.

(٩) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(١٠) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٧٩/٣.

وهـذا إذا ادَّعـاهُ وحـدَهُ، فلـو مـع الابـن فـإنْ شـريكين قُـدِّمَ الأبُ، وإلاَّ فـالابنُ، ولو ادَّعَى ولدَ أمِّ ولدِهِ المنفيَّ أو مُدبَّرتِهِ أو مُكاتبتِهِ شُرِطَ تصديقُ الابن..........

[١٢٥١٩] (قولُهُ: وهذا إلخ) الإشارةُ إلى جميعِ ما مَرَّ.

[١٢٥٢٠] (قولُهُ: قُـدِّمَ الأبُ) لأنَّ لـه جِهَتـينِ: حقيقـةَ المِلـكِ في نصيبـهِ، وحَـقَّ التَّملُّـكِ في نصيبِ ولدِهِ، "بحر"(١).

٣٨٣/٢ **قلت**: وفي "الظَّهيريَّة"(٢): ((ولو كانَتْ مُشتَرَكةً بين رَجُلٍ وابنِهِ وجَدِّهِ فـادَّعَوهُ كلُّهـم فالجَدُّ أَولى(٣)))، وينبغي حَمْلُهُ على ما إذا كان أبو الرَّجُلِ ميتاً مثلاً ليصيرَ للجَدِّ التَّرجيحُ من جِهَتَينِ، تأمَّل.

[١٢٥٢١] (قولُهُ: وإلاَّ) أي: وإنْ لم يكونا شريكين، وهذا صادقٌ بما إذا كانَتْ للابن وحدَهُ أو للأبِ وحدَهُ، والثَّاني لا يصحُّ هنا، لكنَّ أصل المسـألةِ مفـروضٌ في جاريـةِ الابـنِ، فهـو قرينـةٌ على أنَّ المرادَ الأوَّلُ فقط، فافهم.

[١٢٥٢٢] (قولُـهُ: فـالابنُ) أي: تُقـدَّمُ دَعْـواهُ؛ لأنَّهـا سـابقةٌ معنًـى، "بحـر"(٤)، أي: لأنَّ لـه [٣/ق١٤٢/ب] حقيقةَ المِلكِ ولأبيه حَقَّ التَّملُّكِ، ولأنَّ مِلكَ الابنِ سـابقٌ، فصـار كأنَّـه ادَّعَـى قَبْـلَ الأبِ، تأمَّل.

[١٢٥٢٣] (قولُهُ: ولو ادَّعَى) أي: الأبُ، وقولُهُ: ((المَنْفيَّ)) بالنَّصب نعـتٌ لولـدِ أمِّ الولـدِ، وقولُهُ: ((أو مُدبَّرتِهِ أو مُكاتَبتِهِ)) مجروران بالعطفِ على ((أمِّ))، وهذا بيـانٌ لمحـترزِ قولـهِ: ((قِنَّـةَ ابنِهِ))(٥)، أي: لو ادَّعَى ولدَ أمِّ ولدِ ابنه الذي نَفَاهُ ابنُهُ لا يَثبُتُ نَسَبُهُ إلاَّ بتصديقِ الابـنِ؛ لأنَّ أمَّ الـولدِ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٢٠.

(٢) "الظهيرية": كتاب العتاق ـ الفصل الثالث في التدبير والاستيلاد ق١١٨/أ.

(٣) في "الأصل": ((اهـ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٢٠.

(٥) في "د" زيادة: (("ح")). ق١٦٨/ب.

(وجَدٌّ صحيحٌ كأبٍ بعدَ زوالِ ولايتِهِ بموتٍ وكفرٍ وجنونٍ ورقٍّ فيه) أي: في الحكمِ المذكور (لا) يكونُ كالأبِ (قبلَهُ[1]) أي: قبلَ الزَّوالِ المذكورِ[2]، ويُشترَطُ ثبوتُ ولايتِهِ من الوطءِ[3] إلى الدَّعوة........................

لا تَقبلُ الانتقالَ إلى مِلكِ غيرِ المُستولِدِ. وقيَّدَ بقولِهِ: ((المَنْفيِّ)) لأنَّه إذا لم يَنْفِهِ الابنُ يَثبُتُ نَسَبُهُ منه، فلا يمكنُ ثبوتُهُ من الأبِ وإنْ صَدَّقَهُ الابنُ، وكذا لو ادَّعَى ولدَ مُدبَّرةِ ابنِهِ أو ولدَ مُكاتَبةِ ابنِهِ الذي وَلَدَتْهُ في الكتابةِ أو قبلَها لا يَثبُتُ نَسَبُهُ إلاَّ بتصديقِ الابنِ كما في "البحر"[4]؛ لأنَّه لا يمكنُ جَعْلُ الأبِ مُتملِّكاً لهما قبلَ الوطءِ، فإنْ صَدَّقَهُ ثبتَ نَسَبُهُ لاحتمالِ وطءِ الأبِ بشُبهةٍ.

والظَّاهرُ لُزُومُ العُقرِ للمُكاتَبةِ؛ لأنَّ لها العُقرَ بوطءِ المولى، فبوَطْءِ أبيه أَولى، وحيث لم يَثبُتِ المِلكُ في أمِّ الولدِ والمُدبَّرةِ ينبغي لُزُومُ العُقرِ للابنِ على أبيه كما يُفيدُهُ ما قدَّمناهُ[5] فيما لو وَطِئَها ولم تَحبَلْ، تأمَّلْ.

[١٢٥٢٤] (قولُهُ: وجَدٌّ صحيحٌ) خرجَ به الجَدُّ الفاسدُ كأبي الأمِّ، وكذا غيرُ الجَدِّ من الرَّحِمِ المَحرَمِ، فلا يُصدَّقُ في جميعِ الأحوالِ لفَقْدِ وَلايتِهم، "بحر"[6] عن "المحيط".

[١٢٥٢٥] (قولُهُ: بعدَ زَوالِ وَلايتِهِ) أي: الأبِ، وأرادَ بزَوالِ الوَلايةِ عدمَها؛ ليشملَ ما لو كان كفرُهُ أو جُنونُهُ أو رِقُّهُ أصليّاً، أفادَهُ "الرَّحمتيُّ". والمرادُ بالوَلايةِ وَلايةُ التَّملُّكِ كما مَرَّ[7].

[١٢٥٢٦] (قولُهُ: فيه) متعلِّقٌ بكافِ التَّشبيهِ، "ح"[8]. فالمعنى أنَّ الجَدَّ مُشابهٌ للأبِ في الحكمِ المذكورِ.

[١٢٥٢٧] (قولُهُ: ويُشترَطُ ثُبوتُ وَلايتِهِ) أي: وَلايةِ الجَدِّ الناشئةِ عن فَقْدِ وَلايةِ الأبِ، أي:

---

(١) في "ب": ((لا قبله)).

(٢) في "د": ((المزبور)).

(٣) في "د": ((من حين الوطء)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٩/٣.

(٥) المقولة [١٢٥٠٨] قوله: ((وارتكب محرماً إلخ)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٣٠/٣ بتصرف.

(٧) المقولة [١٢٥١٢] قوله: ((وبيعها لأخيه مثلاً)).

(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/أ.

(ولو تَزَوَّجَها) ولو فاسداً (أبوه) ولو بالوَلاية (فوَلَدَتْ لم تَصِرْ أمَّ ولدِهِ) لتولُّدِهِ من نكاحٍ (ويجبُ المهرُ[1] لا القيمةُ، وولدُها حرٌّ).............

لا يكفي ثُبوتُها وقتَ الدَّعوى فقط، بل لا بدَّ من ثُبوتِها مِن وقتِ العُلُوقِ إلى وقتِ الدَّعوة، قال في "الفتح"[2]: ((حتّى لو أَتَتْ بالولدِ لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ انتقالِ الوَلايةِ إليه لم تصحَّ دعوتُهُ لِما قلنا في الأب)) اهـ، أي: من أنَّ المِلكَ إنما يَثبُتُ بطريقِ الاستنادِ إلى وقت العُلُوقِ، فيَستدعِي قيامَ وَلايةِ التَّملُّكِ من حينِ العُلُوقِ إلى التَّملُّك.

[١٢٥٢٨] (قولُهُ: ولو فاسداً) لأنَّ الفاسدَ [٣/ق١٤٣/أ] يَثبُتُ فيه النَّسبُ، فاستَغنَى عن تقدُّمِ المِلكِ له، "بحر"[3]. ٢

[١٢٥٢٩] (قولُهُ: أبوه) أي: أو جَدُّهُ، "رحمتي".

[١٢٥٣٠] (قولُهُ: ولو بالوَلايةِ) في "البحر"[4] عن "الخانيَّة"[5]: ((إذا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ جاريةَ ولدِهِ الصَّغيرِ، فوَلَدَتْ منه لا تَصيرُ أمَّ ولدٍ له، ويَعتِقُ الولدُ بالقرابة)).

[١٢٥٣١] (قولُهُ: لتَولُّدِهِ من نكاحٍ) فلم تَبْقَ ضرورةٌ إلى تَملُّكِها من وقتِ العُلُوقِ لثُبوتِ النَّسبِ بدُونِهِ، وأُمُوميَّةُ الولدِ فرعُ التَّملُّكِ، والنِّكاحُ يُنافيه.

[١٢٥٣٢] (قولُهُ: ويجبُ المهرُ) لالتزامِهِ إيّاهُ بالنِّكاح، وهو ـ إنْ لم يكن مسمًّى ـ مهرُ مثلِها في الجَمالِ، "نهر"[6].

[١٢٥٣٣] (قولُهُ: لا القيمةُ) لعدمِ تملُّكِها، "نهر"[7].

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ويجب المهر، قال في "النهر": وهو ـ إن لم يكن مسمى ـ مهرُ مثلها في الجمال، أي: ما يرغب في مثلها جمالاً فقط، وأما ما قيل: ما يُستأجَرُ به مثلُها في الزنا: لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لك أقل مما يعطى مهراً؛ لأن الثاني للبقاء بخلاف الأول، والعادة زيادته عليه، كذا في "الفتح"، انتهى)). ق١٦٩/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٧٨.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٢١.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٢٠-٢٢١.

(٥) "الخانية": كتاب العتاق ـ فصل في الاستيلاد ١/٥٦٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٢/ب.

(٧) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٢/ب.

بِملكِ أخيه له، ومن الحِيَلِ أنْ يُملِّكَ أَمَتَهُ لطفلِهِ ثمَّ يتزوَّجَها........

[١٢٥٣٤] (قولُهُ: بِملكِ أخيه له) فعتَقَ عليه بالقَرابةِ، "هداية"[١]. وظاهِرُهُ أنَّ الولدَ عَلِقَ رقيقاً، واختُلِفَ فيه، فقيل: يَعتِقُ قبلَ الانفصال، وقيل: بعدَهُ، وثمرتُهُ تظهرُ[٢] في الإرثِ، فلو مات المولى وهو الابنُ يَرِثُهُ الولدُ على الأوَّلِ دون الثَّاني، والوجهُ هو الأوَّلُ؛ لأنَّه حَدَثَ على مِلكِ الأخِ من حينِ العُلُوق، فلمَّا ملَكَهُ عتَقَ عليه بالقرابةِ بالحديث، كذا في "غاية البيان".

والظَّاهرُ عندي هو الثَّاني؛ لأنَّه لا مِلكَ له من كلِّ وجهٍ قبلَ الوضعِ؛ لقولِهم: المِلكُ هو القدرةُ على التَّصرُّفاتِ في الشَّيءِ ابتداءً، ولا قدرةَ للسَّيِّدِ على التَّصرُّفِ في الجنينِ ببيعٍ أو هِبَةٍ وإنْ صَحَّ الإيصاءُ به وإعتاقُهُ، فلم يَتناوَلْهُ الحديثُ؛ لأنَّه في المملوكِ من كلِّ وجهٍ، ولذا لو قال: كلُّ مملوكٍ أَملِكُهُ فهو حرٌّ لا يَتناوَلُ الحملَ، "بحر"[٣]، وأقرَّهُ في "النَّهر"[٤] و"المقدسيِّ".

[١٢٥٣٥] (قولُهُ: ومِن الحِيَلِ) أي: من جملةِ الحِيَلِ الَّتي يَدفَعُ بها الإنسانُ عنه ما يَضُرُّهُ، وهذا حيلةٌ لِما إذا أرادَ وطءَ الأَمَةِ، ولا تصيرُ أمَّ ولدٍ له وإنْ وَلَدَتْ منه كيلا تتمرَّدَ عليه إذا وَلَدَتْ وعَلِمَتْ أنَّها لا تُباعُ، فيُملِّكُها لطفلِهِ بهِبَةٍ أو بيعٍ، ثمَّ يَتزوَّجُها بالوَلايةِ، فيَصيرُ حكمُها ما مَرَّ[٥]، فإذا احتاجَ إلى بيعِها باعَها وحَفِظَ ثمنَها لطفلِهِ، أو أنفقَهُ عليه أو على نفسِهِ إن احتاجَ إليه.

(قولُهُ: والظَّاهرُ عندي هو الثَّاني؛ لأنَّه لا مِلْكَ له إلخ) والظَّاهرُ عندي هو الأوَّلُ؛ وذلك أنَّ قولَهُ عليه السَّلامُ: ((مَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ عليه)) شاملٌ لِمَا مَلَكَ قصْداً أو تَبَعاً، بخلافِ لفْظِ مَمْلُوكٍ؛ لأنَّه لفْظٌ مُطلَقٌ فلا يَتناوَلُ الحَمْلَ لأنَّه تَبَعٌ لأمَةٍ لا مَقْصُودٌ، فلا يدخُلُ تحتَ المُطْلَقِ، ولأنَّه عُضْوٌ من وجْهٍ، والمملُوكُ اسمٌ يَتناولُ الأنفُسَ دون الأعضاءِ، بخلافِ ما دَلَّ عليه لفْظُ الفِعْلِ فإنَّه لم يُوجَدْ فيه ما يدُلُّ على إرادةِ المملُوكِ قصْداً.

---

(١) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢١٨/١.

(٢) ((تظهر)) ساقطة من "الأصل".

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢٢٠/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٣/أ.

(٥) المقولة [١٢٥٣٠] قوله: ((ولو بالولاية)).

(ولو وَطِئَ جاريةَ امرأتِهِ أو والدِهِ أوْ جدِّهِ، فوَلَدَتْ وادَّعاه لا يثْبُتُ النَّسَبُ إلاَّ بتصديقِ المولى) فلو كذَّبَهُ ثمَّ ملَكَ الجارية وقتاً ما ثَبَتَ النَّسَبُ، وسيجيءُ في الاستيلاد.

[١٢٥٣٦] (قولُهُ: ولو وَطِئَ جاريةَ امرأتِهِ إلخ) محترزُ قولِهِ سابقاً: ((قِنَّةَ ابنِهِ))، "ط"[1].

[١٢٥٣٧] (قولُهُ: لا يَثْبتُ النَّسَبُ إلاَّ بتصديقِ المولى إلخ) فيه اختصارٌ، وعبارةُ "البحر"[2]: ((لا يَثْبتُ النَّسَبُ، ويُدرأُ عنه الحَدُّ للشُّبهةِ، فإنْ قال: أَحَلَّها المَوْلى لي لا يَثْبُتُ النَّسَبُ إلاَّ أنْ يُصدِّقَهُ المولى في الإحلالِ وفي أنَّ الولدَ منه، فإنْ صَدَّقَهُ في الأمرين جميعاً ثَبَتَ النَّسَبُ، وإلاَّ فلا، وإنْ كَذَّبَهُ [٣/ق١٤٣/ب] المولى ثمَّ ملَكَ الجاريةَ يوماً من الدَّهرِ ثَبَتَ النَّسَبُ، كذا في "الخانيَّة"[3]. وفي "القنية"[4]: وَطِئَ جاريةَ أبيه فوَلَدَتْ منه لا يجوزُ بيعُ هذا الولدِ ادَّعَى الواطئُ الشُّبهةَ أوْ لا؛ لأنَّه ولدُ ولدِهِ، فيَعتِقُ عليه حينَ دخَلَ في مِلكِهِ وإنْ لم يَثبُتِ النَّسَبُ، كمَن زَنَى بجاريةِ غيرِهِ فوَلَدَتْ منه ثمَّ ملَكَ الولدَ يَعتِقُ عليه وإنْ لم يَثبُتْ نَسَبُهُ منه)) اهـ. ٢/٣٨٤

قلتُ: ومعنى ((أَحَلَّها المولى)) أي: بنكاحٍ أو بهِبَةٍ مثلاً، لا بقولِهِ: جَعَلْتُها حلالاً لكَ.

[١٢٥٣٨] (قولُهُ: وسيجيءُ[5] إلخ) ذكَرَ هناك ما يُفيدُ الخلافَ، وفيه كلامٌ سيأتي[6] هناك

(قولُهُ: ومعنى أحلَّها المَوْلى إلخ) فيه أنَّه إذا كان مَعْنى الإحلالِ ما ذُكِرَ لا يَتوقَّفُ ثُبوتُ النَّسَبِ على تصديقِهِ أنَّ الولَدَ منه، والأصوَبُ في تفسيرِهِ ما سيأتي له في الاستيلادِ، كما نَقَلَ ما يُفيدُهُ عن "الكافي": أنَّ معناهُ أنْ يقولَ: أحلَلْتها لِي، قال: ولعلَّ وجْهَ ثُبوتِهِ أنَّ هذا القوْلَ صار شُبْهةَ عَقْدٍ؛ لأنَّ حِلَّها لا يكونُ إلاَّ بنكاحٍ، أو مِلْكِ يمينٍ، فكأنَّه قال: مَلَّكْتُكَ بُضْعَها بأحدِهِما، وذلك وإنْ لم يَصِحَّ لكنَّه يصيرُ شُبْهةً مُؤثِّرةً في نَفْيِ الحَدِّ وفي ثُبُوتِ النَّسَبِ إذا صدَّقَهُ السَّيِّدُ، أو مِلْكِ الولَدِ إلى آخر ما ذكَرَه.

(قولُهُ: ذَكَرَ هناك ما يُفيدُ الخلافَ إلخ) حيثُ نَقَلَ عن "المُصنِّفِ" أنَّه إنْ مَلَكَ الأُمَّ لا تصيرُ أُمَّ ولَدٍ؛

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٧٩.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢١٩.

(٣) "الخانية": كتاب العتاق ـ فصل في الاستيلاد ١/٥٦٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب العتاق ـ باب مسائل متفرقة ق٤٩/أ، وفيها: ((وطئ جارية ابنه)) وهو خطأ.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [١٧١٠٤] قوله: ((لعدم ثبوت النسب)).

(٦) المقولة [١٧١٠٤] قوله: ((لعدم ثبوت النسب)).

(حُرَّةٌ) متزوِّجةٌ برقيقٍ (قالت لمولى زوجِها) الحرِّ المكلَّفِ: (أَعتِقْهُ عنِّي بألفٍ) أو زادَتْ: ورَطْلٍ من خمرٍ؛ إذِ الفاسدُ هنا كالصَّحيح........................

إنْ شاء الله تعالى.

[١٢٥٣٨*] (قولُهُ: قالَتْ لمولى زوجِها) وكذا لو قال ذلك زَوجُ الأَمَةِ لمولى زوجتِهِ، لكنْ لا يَسقُطُ المهرُ، "بحر"(١).

[١٢٥٣٩] (قولُهُ: الحرِّ المكلَّفِ) قيَّدَ به ليمكنَ منه الإعتاقُ، وفيه أنَّه ليس بمُعتِقٍ، إنما هو وكيلٌ عنها فيه، فمُقتضاهُ أنْ يتوقَّفَ بيعُ الصَّبيِّ على إجازةِ وليِّهِ، وأمَّا الإعتاقُ فلا يُنظَرُ إليه لصحَّةِ توكيلِهِ فيه، "ط"(٢).

وصورةُ كونِ مولى الزَّوجِ غيرَ حُرٍّ أو غيرَ مُكلَّفٍ: أنْ يشتريَ العبدُ المأذونُ عبداً مُتزوِّجاً، أو يَرِثَهُ الصَّبيُّ أو المجنونُ من أبيه، وإلاَّ فقد مَرَّ(٣) أنَّه لا يَملِكُ تزويجَ العبدِ إلاَّ مَن يَملِكُ إعتاقَهُ.

[١٢٥٤٠] (قولُهُ: ورَطْلٍ من خَمْرٍ) مفعولُ ((زادَتْ))، أي: زادَتْهُ على قولِها: بألفٍ.

[١٢٥٤١] (قولُهُ: كالصَّحيحِ) لأنَّ البيع هنا غيرُ مقصودٍ، فلا يَلزَمُ وجودُ شروطِهِ كما يأتي(٤) قريباً.

لعدَمِ ثُبوتِ النَّسَبِ، ونُقِلَ عن "الخانيَّة" ثُبوتُه لبقاءِ الإقْرارِ، وحَمَلَ "المُحشِّي" الأوَّلَ على ما إذا وَطِئَ ظانّاً الحِلَّ، والثَّانيَ على ما إذا ادَّعى الإحلالَ من المَوْلى.

(قولُ "الشَّارحِ": حُرَّةٌ مُتزوِّجةٌ برَقيقٍ قالَتْ لِمَوْلى زَوْجِها إلخ) يُشتَرَطُ أهلِيَّتُها للإعتاقِ حتَّى لو كانَتْ صبيّةً لَم يَصحَّ، فكان الأَوْلى أنْ يقولَ: حُرَّةٌ مُكلَّفةٌ اهـ "سِنديّ".

(قولُهُ: وأمَّا الإعتاقُ فلا يُنْظرُ إليه إلخ) سيأتي أنَّ البيعَ المُقتَضَى ـ بالفَتْح ـ يَثْبُتُ بشُرُوطِ المُقْتَضِي ـ بالكسر ـ وهو العِتْقُ، فلمَّا كان العِتْقُ غيرَ نافِذٍ من الصَّبيِّ كان البيعُ كذلك اهـ "سِنديّ".

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٢١ باختصار.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٢/٨٠.

(٣) "در" صـ٥٤٦ـ.

(٤) المقولة [١٢٥٤٣] قوله: ((اقتضاء)).

(ففعَلَ فسَدَ النِّكاحُ) لتقدُّمِ الملكِ اقتضاءً، كأنَّه قال: بعتُهُ منكِ وأعتقتُهُ عنكِ، لكنْ لو قال كذلك وقَعَ العتقُ عن المأمورِ؛ لعدم القبول كما في "الحواشي السَّعديَّةِ"[1].

[١٢٥٤٢] (قولُهُ: ففعَلَ) أي: قال: أَعتقتُهُ، "ح"[2] عن "النَّهر"[3].

[١٢٥٤٣] (قولُهُ: اقتضاءً) هو دلالةُ اللَّفظِ على مسكوتٍ يتوقَّفُ عليه صِدقُ الكلامِ أو صحَّتُهُ. فالأوَّلُ كحديث: ((رُفِعَ الخطأُ والنِّسيانُ))[4]، أي: رُفِعَ حكمُهما وهو الإثمُ، وإلاَّ فهما واقعان في الخارجِ، والثَّاني كمسألتِنا، فإنَّه لا يمكنُ تصحيحُهُ إلاَّ بتقديمِ المِلكِ، إذ المِلكُ شرطٌ لصحَّةِ العتقِ عنه، فتَقَدُّمُ الملكِ بالبيع مُقتَضًى ـ بالفتح ـ والإعتاقُ عن الآمِرِ مُقتَضٍ ـ بالكسر ـ فيصيرُ قولُهُ: أَعتِقْ طلَبَ التَّمليكَ منه بالألفِ ثمَّ أَمْرَهُ بإعتاقِ عبدِ الآمِرِ عنه، وقولُهُ: ((أَعتقتُ)) تمليكٌ منه ثمَّ إعتاقٌ[5] عنه، وإذا ثبَتَ المِلكُ للآمِرِ فسَدَ النِّكاحُ للتَّنافي بين الأمرين. ثمَّ المِلكُ فيه شرطٌ، والشُّروطُ أَتْباعٌ، فلذا ثبَتَ البيعُ المُقتضَى ـ بالفتح ـ بشروطِ المُقتضِي وهو العتقُ، لا بشُرُوطِ نفسِهِ إظهاراً للتَّبعيَّةِ، فيُشترَطُ أهليَّةُ الآمِرِ للإعتاقِ، حتَّى لو[٣/ق١٤٤/أ] كان صبيّاً مأذوناً لم يَثْبُتِ البيعُ، ويَسقُطُ القَبُولُ الذي هو ركنُ البيع، ولا يَثْبُتُ فيه خيارُ رؤيةٍ أو عيبٍ، ولا يُشترَطُ كونُهُ مقدورَ التَّسليمِ، فصَحَّ الأمرُ بإعتاقِ الآبِقِ، ويَسقُطُ اعتبارُ القبضِ في الفاسد، كما لو قال: أَعتِقْهُ عني بألفٍ ورَطْلٍ من خمرٍ. اهـ "بحر"[6] بالمعنى.

[١٢٥٤٤] (قولُهُ: لكنْ لو قال إلخ) حاصلُهُ: أنَّ ما ثبَتَ بالاقتضاءِ إنما يَثْبُتُ بشروطِ المُقتضِي ـ بالكسرِ ـ لا بشُرُوطِ نفسِهِ كما علمتَ، لكنْ هذا إذا لم يُصرَّحْ بالمُقتضَى ـ بالفتح ـ، قال في "فتح

---

(١) "الحواشي السعدية": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٨١ (هامش "فتح القدير").

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٦٩/ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٣/أ.

(٤) تقدم تخريجه ٣/٤٠١.

(٥) في النسخ جميعها: ((الإعتاق)) بـ ((أل)) التعريف، وما أثبتناه من "البحر" مُوافقٌ للسِّياق.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٢١ بتصرف.

ومُفادُهُ أنَّه لو قال: قَبِلْتُ وقَعَ عن الآمِرِ (والوَلاءُ لها) ولَزِمَها الألفُ، وسقَطَ المهرُ (ويَقَعُ) العِتقُ (عن كفّارتِها إنْ نَوَتْهُ) عنها (ولو لم تَقُلْ بالألفِ لا) يفسُدُ لعدمِ الملكِ (والوَلاءُ له) لأنه المُعتِقُ، والله أعلم.

القدير"[1]: ((فلو صرَّحَ بالبيع فقال: بِعْتُكَهُ وأَعتقتُهُ لا يَقَعُ عن الآمِرِ بل عن المأمورِ، فيَثْبُتُ البيعُ ضِمْناً في هذه المسألة، ولا يَثْبُتُ صريحاً كبيعِ الأَجنَّةِ في الأرحام، فإذا صرَّحَ به ثَبَتَ بشرطِ نفسِهِ، والبيعُ لا يَتِمُّ إلاَّ بالقبولِ ولم يُوجَدْ، فيَعتِقُ عن نفسِهِ)) اهـ، أي: ولا يَفسُدُ النِّكاحُ كما في "البحر"[2].

[١٢٥٤٥] (قولُهُ: ومُفادُهُ إلخ) البحثُ لصاحب "النَّهر"[3]، "ح"[4].

[١٢٥٤٦] (قولُهُ: لو قال) أي: الآمِرُ، والأَولى التَّصريحُ به والإتيانُ بعدَهُ بضميرِهِ.

[١٢٥٤٧] (قولُهُ: وسقَطَ المهرُ) لاستحالةِ وجوبِهِ على عبدِها، "نهر"[5].

[١٢٥٤٨] (قولُهُ: لا يَفسُدُ) أي: النِّكاحُ خلافاً لـ"أبي يوسف"، والله تعالى أعلم.

(قولُهُ: البَحْثُ لصَاحبِ "النَّهر" "ح") قال "السِّنْديُّ": ((لِي في هذا البَحْثِ نَظَرٌ باعتبارِ صُدُورِ العِتْقِ قبلَ تَمامِ البيعِ؛ فإنَّ قَوْلَ الآمِرِ: قَبِلْتُ، ما كان إلاَّ بعد تَمامِ الجُمْلَتَيْن وهما قولٌ لِمَأْمُورٍ: بِعْتُهُ وأَعتَقْتُه، ولا يَصِحُّ الإعتاقُ إلاَّ فيما تَمَّ مِلْكُهُ اللَّهُمَّ إلاَّ أنْ يقالَ بتَخَلُّلِ القَبُولِ بينهُما))، انتهى.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٨١.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ٣/٢٢١.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٣/أ.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٧٠/أ.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق ق١٩٣/أ.

﴿بابُ نكاحِ الكافرِ﴾

يشملُ[(١)] المُشرِكَ[(٢)] والكتابيَّ. وها هنا ثلاثةُ أصولٍ:

الأوَّلُ أنَّ (كلَّ نكاحٍ صحيحٍ بين المسلمين فهو صحيحٌ بين أهلِ الكفرِ) خلافاً لـ "مالكٍ"،.................................

﴿بابُ نكاحِ الكافرِ﴾

لَمَّا فرَغَ من نكاحِ الأحرارِ والأَرِقَّاءِ من المسلمِينَ شرَعَ في نكاحِ الكُفَّارِ، وتقدَّمَ[(٣)] في آخرِ بابِ المهرِ حكمُ مهرِ الكافرِ، وأنَّه تَثبُتُ بقيَّةُ أحكامِ النِّكاحِ في حقِّهم كالمسلمِينَ من وجوبِ النَّفقةِ في النِّكاحِ ووقوعِ الطَّلاقِ ونحوِهما كعِدَّةٍ، ونَسَبٍ، وخِيارِ بُلُوغٍ، وتَوارُثٍ بنكاحٍ صحيحٍ، وحُرمةِ مُطلَّقةٍ ثلاثاً، ونكاحِ مَحارِمَ.

[١٢٥٤٩] (قولُهُ: يَشمَلُ المُشركَ والكِتابيَّ) لو قال: يَشمَلُ الكِتابيَّ وغيرَهُ لكان أَولى؛ لِيَدخُلَ مَن ليس بِمُشرِكٍ ولا كتابيٍّ كالدَّهْريِّ. وأشارَ إلى أنَّ التَّعبيرَ بالكافرِ لشُمُولِهِ الكِتابيَّ أَولى من تعبيرِ "الهداية"[(٤)] تبعاً لـ "القدوريِّ"[(٥)] بالمُشرِكِ. اهـ "ح"[(٦)]. واعتَذَرَ في "الفتح"[(٧)] عن "الهداية": ((بأنَّه أرادَ بالمُشرِكِ ما يَشمَلُ الكِتابيَّ إمَّا تغليباً، أو ذهاباً إلى ما اختارَهُ البعضُ من أنَّ أهلَ الكتاب داخلون في المشركِينَ، أو باعتبارِ قولِ طائفةٍ منهم: عُزَيرٌ ابن الله، والمسيحُ ابن الله، تعالى اللَّهُ ربُّ العِزَّةِ والكِبْرياءِ)).

[١٢٥٥٠] (قولُهُ: خلافاً لـ "مالكٍ") فلا يقولُ بصحَّةِ أَنكِحَتِهم ولو صَحَّتْ بين المسلمين، وأُخِذَ منه أنَّه لا يقولُ بالأصلَينِ الأخيرَينِ بالأَولى، "ط"[(٨)].

---

(١) في "ب": ((يشتمل)).

(٢) عبارة "د": ((يشمل نكاح المشرك)).

(٣) "در" صـ٥٢٩ـ٥٣٠ـ.

(٤) حيث بوَّب لذلك بقوله: ((باب نكاح أهل الشرك)) انظر "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٥) لم نعثر على هذا التعبير في "كتاب القدوري"، ولعله في غيره.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧٠/أ.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٢/٣ـ٢٨٣.

(٨) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

ويردُّهُ قولُهُ تعالى:﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾ [المسد ـ ٤]، وقولُهُ عليه الصَّلاة والسَّلام: ((وُلِدْتُ من نكاحٍ لا من سفاحٍ)).

(و) الثَّاني أنَّ (كلَّ نكاحٍ حَرُمَ بين المسلمين لفقْدِ شرطِهِ)..............

[١٢٥٥١] (قولُهُ: ويَردُّهُ) أي: قولَ [٣/ق١٤٤/ب] "مالكٍ" المفهومَ من قولِهِ: ((خلافاً لـ"مالكٍ"))، فإنَّه بمنزلةِ: وقال "مالكٌ": لا يصحُّ، "ط"(١).

[١٢٥٥٢] (قولُهُ: وامرأتُهُ حَمَّالةَ الحَطَبِ) أي: فهذه الإضافةُ قاضيةٌ عُرفاً ولغةً بالنِّكاحِ، وقد قَصَّها الله تعالى في كتابِهِ مُفيدةً لهذا المعنى، "ط"(٢).

مطلبٌ في الكلامِ على أبوي النَّبيِّ ﷺ وأهلِ الفترة

[١٢٥٥٣] (قولُهُ: وُلِدْتُ من نِكاحٍ لا من سِفاحٍ) أي: لا مِن زنًا، والمرادُ به نَفْيُ ما كانَتْ عليه الجاهليَّةُ من أنَّ المرأةَ تُسافِحُ رَجُلاً مدَّةً ثمَّ يَتزوَّجُها، وقد استَدَلَّ بالحديثِ المذكورِ في "الفتح"(٣) أيضاً.

ووَجْهُهُ: أنَّه ﷺ سَمَّى ما وُجِدَ قبلَ الإسلام من أَنكِحَةِ الجاهليَّةِ نكاحاً، ولا يقال: إنَّ فيه إساءةَ أدبٍ لاقتضائِهِ كُفرَ الأبوين الشَّريفين مع أنَّ الله تعالى أحياهما له وآمَنَا به كما ورَدَ في حديثٍ ضعيفٍ(٤)؛ لأنَّا نقولُ: إنَّ الحديثَ أعمُّ بدليلِ روايةِ "الطَّبرانيِّ" و"أبي نُعَيمٍ" و"ابن عساكرَ": ((خَرَجْتُ من نكاحٍ ولم أَخرُجْ من سِفاحٍ مِن لَدُنْ آدمَ إلى أنْ وَلَدَني أبي وأمِّي، لم يُصِبْني من سِفاحِ الجاهليَّةِ شيءٌ))(٥)، وإحياءُ الأبوين بعدَ موتهما لا يُنافي كونَ النِّكاحِ كان

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٠/٢.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٣/٣.

(٤) أخرجه السهيلي في "الروض الأنف" ١٩٤/١ ـ ١٩٥، وقال: روي حديث غريب لعله أن يصح، وكذا القرطبي في "التذكرة" صـ٢٧ـ٢٨ـ.

(٥) أخرجه الطبرانيُّ في "الأوسط" (٤٧٢٨)، وأبو نعيم في "دلائل النبوة" صـ٧ـ رقم (١٤)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٠/٧ كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم، وفي "دلائل النبوة" ١٧٤/١. =

....

٣٨٥/٢ في زمنِ الكفر، ولا يُنافي أيضاً ما قالَهُ "الإمامُ" في "الفقه الأكبر"[(١)]: ((من أنَّ والدَيْهِ ﷺ ماتا على الكفرِ))، ولا ما في "صحيح مسلمٍ"[(٢)]: ((استأذَنْتُ ربِّي أنْ أستغفِرَ لأمِّي فلم يَأذَنْ لي))، وما فيه[(٣)] أيضاً: أنَّ رَجُلاً قال: يا رسول الله، أين أبي؟ قال:((في النار))، فلمَّا قَفَّى دَعاهُ، فقال:((إنَّ أبي وأباك في النَّارِ)) ؛ لإمكانِ أنْ يكونَ الإحياءُ بعد ذلك؛ لأنَّه كان في حَجَّةِ الوداعِ، وكونُ

= وأورده الهيثمي في "المجمع" ٣٩٥/٨ كتاب علامات النبوة ـ باب في كرامة أصله، وقال: رواه الطبراني في "الأوسط" وفيه: محمد بن جعفر بن محمد بن علي، صحح له الحاكم في "المستدرك"، وقد تُكُلِّم فيه، وبقية رجاله ثقات. كلهم من حديث علي مرفوعاً، وفي الباب عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما.

(١) لم نعثر عليها في متن "الفقه الأكبر" قال "ط" ٨٠/٢: ((وما في "الفقه الأكبر" من أنَّ والديه ﷺ ماتا على الكفر فمدسوس على الإمام، ويدل عليه أن النسخ المعتمدة منه ليس فيها شيء من ذلك)). ويؤيده ما قاله الإمام محمد زاهد الكوثري رحمه الله في مقدمة تحقيقه لكتاب "العالم والمتعلم" صـ٧ـ: ((ففي بعض تلك النُّسخ: وأبوا النبي ﷺ ((ماتا على الفطرة)) والفطرة سهلة التحريف إلى الكفر في الخطِّ الكوفي. وفي أكثرها: ((ما ماتا على الكفر)). وقال الحافظ محمد المرتضى الزبيدي في رسالته "الانتصار لوالدي النَّبيِّ المختار" ما معناه: ((إن الناسخ لَمَّا رأى تكرُّر ((ما)) في ((ما ماتا)) ظنَّ أن إحداهما زائدة فحذفها فذاعت نسخته الخاطئة.

وإني بحمد الله رأيت لفظ (ما ماتا) في نسختين بدار الكتب المصرية قديمتين، كما رأى بعض أصدقائي لفظيّ ((ما ماتا)) و((على الفطرة)) في نسختين قديمتين بمكتبة شيخ الإسلام ـ عارف حكمت ـ)) اهـ بتصرف، وكتب العلاّمة المحدِّث عبد الفتاح أبو غدة رحمه الله على هامش نسخته عند (ما ماتا): هذا في نسخة المكتبة المذكورة ذات الرقم (٢٢٦) مجاميع. وعنده (على الفطرة) هذا في نسخة المكتبة المذكورة ذات الرقم (٢٣٥) مجاميع.

(٢) أخرجه مسلم (٩٧٦) كتاب الجنائز ـ باب استئذان النبي ﷺ ربه عز وجل في زيارة قبر أمه، وأبو داود (٣٢٣٤) كتاب الجنائز ـ باب في زيارة القبور، والنسائي ٩٠/٤ كتاب الجنائز ـ باب زيارة قبر المشرك، وابن ماجه مطولاً (١٥٧٢) كتاب الجنائز ـ باب ما جاء في زيارة قبور المشركين، ومختصراً (١٥٦٩) باب ما جاء في زيارة القبور، وابن حبان (٣١٦٩) كتاب الجنائز ـ فصل في زيارة القبور، وأبو يعلى (٦١٩٣)، والحاكم ٣٧٥/١ كتاب الجنائز، والبيهقي في "السنن الكبرى" ٧٦/٤. كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وفي الباب عن بريدة.

(٣) أخرجه مسلم(٢٠٣) كتاب الأيمان ـ باب بيان أنَّ مَن مات على الكفر فهو في النار، وأحمد ١١٩/٣ـ٢٦٨، وأبو داود (٤٧١٨) كتاب السنة ـ باب ذراري المشركين، وأبو يعلى (٣٥١٦)، وابن حبان (٥٧٨) كتاب البر والإحسان ـ باب الصحبة والمجالسة، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٩٠/٧ كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم. كلهم من حديث أنس ﷺ مرفوعاً، وفي الباب عن سعد بن أبي وقاص، وعمران بن الحصين.

....

الإيمانِ عند المُعايَنةِ غيرَ نافعٍ فكيف بعد الموت فذاك في غيرِ الخُصُوصيَّةِ التي أكرَمَ الله بها نبيَّهُ ﷺ، وأمَّا الاستدلالُ على نَجاتِهما بأنَّهما ماتا في زمنِ الفترة فهو مبنيٌّ على أصولِ الأَشاعرةِ: أنَّ مَن ماتَ ولم تَبلُغْهُ الدَّعوةُ يَمُوتُ ناجياً، أمَّا الماتريديَّةُ: فإنْ ماتَ قبلَ مُضيِّ مُدَّةٍ يُمكِنُهُ فيها التَّأمُّلُ، ولم يَعتقِدْ إيماناً ولا كُفراً فلا عقابَ عليه، بخلافِ ما إذا اعتقَدَ كُفراً أو مات بعدَ المدَّةِ غيرَ مُعتَقِدٍ شيئاً، نعم البُخاريُّون من الماتريديَّةِ وافقوا الأَشاعرةَ، وحَمَلُوا قولَ "الإمام": لا عُذرَ لأحدٍ في الجهلِ بخالقِهِ على ما بعدَ البِعثةِ، واختارَهُ المحقِّقُ "ابن الهمام" في "التَّحرير"[1]، لكنَّ هذا في غيرِ مَن ماتَ مُعتقِداً [٣/ق١٤٥/أ] للكفرِ، فقد صرَّحَ "النَّوويُّ"[2] و"الفخرُ الرَّازي": ((بأنَّ مَن ماتَ قبلَ البعثةِ مُشرِكاً فهو في النَّار))، وعليه حَمَلَ بعضُ المالكيَّةِ ما صَحَّ من الأحاديثِ في تعذيبِ أهلِ الفترة، بخلافِ مَن لم يُشرِكْ منهم ولم يُوحِّدْ، بل بقيَ عُمرَهُ في غَفْلةٍ من هذا كلِّهِ، ففيهم الخلافُ، وبخلاف مَن اهتَدَى منهم بعقلِهِ كـ"قُسِّ بنِ ساعدةَ" و"زيدِ بن عمرِو بن نُفَيلٍ"، فلا خلافَ في نجاتِهم، وعلى هذا فالظَّنُّ في كَرَمِ الله تعالى أنْ يكونَ أبواه ﷺ من أحدِ هذَينِ القِسْمين، بل قيل: إنَّ آباءَهُ ﷺ كلُّهم مُوحِّدُون؛ لقولِهِ تعالى: ﴿وَتَقَلُّبَكَ فِي ٱلسَّٰجِدِينَ﴾ [الشُّعراء-٢١٩]، لكنْ رَدَّهُ "أبو حيان" في "تفسيرِهِ"[3]: ((بأنَّه قولُ الرَّافضةِ، ومعنى الآيةِ: وتَرَدُّدَكَ في تصفُّحِ أحوالِ المُتهجِّدين))، فافهم.

وبالجملةِ كما قال بعضُ المحقِّقين: إنَّه لا ينبغي ذكرُ هذه المسألةِ إلاَّ مع مَزيدِ الأدبِ، وليستْ من المسائلِ التي يَضُرُّ جَهْلُها أو يُسأَلُ عنها في القبرِ أو في المَوقِفِ، فحِفْظُ اللِّسانِ عن التَّكلُّمِ فيها إلاَّ بخيرٍ أَولى وأَسلَمُ، وسيأتي[4] زيادةُ كلامٍ في هذه المسألةِ في باب المرتدِّ عند قولِهِ:

---

(١) "التحرير": الباب الأول في الأحكام ـ الفصل الثاني في الحاكم صـ٢٢٥ـ.

(٢) "شرح صحيح مسلم": كتاب الأيمان ـ باب أنَّ مَن مات على الكفر فهو في النار ٧٤/٣.

(٣) "البحر المحيط": تفسير سورة الشعراء ٤٧/٧. لأبي حيَّان محمد بن يوسف بن حيان، أثير الدين الغِرناطي الجياني الأندلسي (ت٧٤٥هـ). ("كشف الظنون" ٢٢٦/١، "طبقات الشافعية الكبرى" ٢٧٦/٩، "الدرر الكامنة" ٣٠٢/٤، "هدية العارفين" ١٥٢/٢).

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٢٠٣١٨] قوله: ((وتوبة اليأس مقبولة إلخ)).

كعدمِ شهودٍ (يجوزُ في حقِّهم إذا اعتَقَدُوه) عند "الإمام" (ويُقَرُّون عليه بعد الإسلام).

(و) الثَّالثُ (أنَّ كلَّ نكاحٍ حَرُمَ.........................

((وتوبةُ اليأسِ مقبولةٌ دونَ إيمانِ اليأسِ)).

[١٢٥٥٤] (قولُهُ: كعَدَمِ شُهُودٍ) وعِدَّةٍ[1] مِن كافرٍ.

[١٢٥٥٥] (قولُهُ: عندَ "الإمامِ") هو الصَّحيحُ كما في "المضمرات"، "قهستاني"[2]. وعند "زفرَ" لا يجوزُ، وهما مع "الإمام" في النِّكاحِ بغيرِ شُهُودٍ، ومع "زفرَ" في النِّكاحِ في عِدَّةِ الكافر، "ح"[3]. قال في "الهداية"[4]: ((ولـ"أبي حنيفة": أنَّ الحُرمةَ لا يمكنُ إثباتُها حقّاً للشَّرع؛ لأنَّهم لا يُخاطَبُون بحقوقِهِ، ولا وجهَ إلى إيجابِ العِدَّةِ حقّاً للزَّوجِ؛ لأنه لا يَعتقِدُهُ، بخلاف ما إذا كانَتْ تحتَ مسلمٍ؛ لأنَّه يَعتقِدُهُ)) اهـ.

وظاهرُهُ أنَّه لا عِدَّةَ من الكافرِ عند "الإمام" أصلاً، وإليه ذهَبَ بعضُ المشايخ، فلا تَثبُتُ الرَّجعةُ للزَّوجِ بمجرَّدِ طلاقِها، ولا يَثبُتُ نَسَبُ الولدِ إذا أَتَتْ به لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ بعدَ الطَّلاق، وقيل: تَجِبُ، لكنَّها ضعيفةٌ لا تَمنَعُ من صحَّةِ النِّكاحِ، فيَثبُتُ للزَّوجِ الرَّجعةُ والنَّسَبُ، والأصحُّ الأوَّلُ كما في "القهستانيِّ"[5] عن "الكَرْمانيِّ"، ومثلُهُ في "العناية"[6]، وذكَرَ في "الفتح"[7]: ((أنَّه الأَولى، ولكنَّ مَنْعَ عدمِ ثُبوتِ النَّسَبِ؛ لأنَّهم لم يَنقُلوا ذلك عن "الإمام"، بل فَرَّعُوه على قولِهِ بصحَّةِ العَقْدِ بناءً على عدمِ وُجُوبِ العِدَّة، فلنا أنْ نقولَ بعدمِ وجوبِها وبثُبُوتِ النَّسَبِ؛ لأنَّه إذا عُلِمَ مَن له الولدُ بطريقٍ آخرَ

---

(١) في "الأصل" و"آ":((وكعدَّة)).

(٢) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل نكاح القن ٢٩٥/١.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح القن ق١٧٠/أ.

(٤) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ باب نكاح القن ٢٩٥/١.

(٦) "العناية": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٥/٣ (هامش "فتح القدير").

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣ بتصرف.

لحرمةِ المحلِّ) كمحارمَ (يقعُ جائزاً، وقال مشايخُ العراق: لا) بل فاسداً، والأوَّلُ أصحُّ، وعليه فتجبُ النَّفقةُ، ويُحَدُّ قاذفُهُ، وأجمعوا على[1] أنَّهم لا يتوارثون؛ لأنَّ الإرث ثبَتَ بالنَّصِّ على خلافِ القياس في النِّكاح الصَّحيح مطلقاً، فيُقتصَرُ عليه، "ابن ملكٍ".....

وجَبَ إلحاقُهُ [٣/ق١٤٥/ب] به بعدَ كونِهِ عن فراشٍ صحيحٍ، ومَجيئُها به لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ من الطَّلاقِ مما يُفيدُ ذلك)) اهـ، وأقرَّهُ في "البحر"[2].

ونازَعَهُ في "النَّهر"[3]: ((بأنَّ المذكورَ في "المحيط" و"الزَّيلعيِّ"[4]: أنَّه لا يَثبُتُ النَّسَبُ))، قال: ((وقد غفَلَ عنه في "البحر"، وأنت خبيرٌ بأنَّ صاحب "الفتح" لم يَدَّعِ أنَّ ذلك لم يذكروه، بل اعترَفَ بذلك، وإنما نازَعَهم في التَّخريجِ وأنَّه لا يَلزَمُ من عدمِ ثُبوتِ العِدَّةِ عدمُ ثُبوتِ النَّسب))، فافهم.

[١٢٥٥٦] (قولُهُ: لحرمةِ المحلِّ) أي: محلِّ العَقْدِ وهو الزَّوجةُ، بأنْ كانَتْ غيرَ محلٍّ له أصلاً، فإنَّ المَحرَمِيَّةَ مُنافيةٌ له ابتداءً وبقاءً بخلافِ عدم الشُّهودِ والعِدَّةِ كما يأتي[5].

[١٢٥٥٧] (قولُهُ: كمَحارمَ) وكمُطلَّقةٍ ثلاثٍ ومُعتدَّةِ مسلمٍ.

[١٢٥٥٨] (قولُهُ: بل فاسداً) أفادَ أنَّ الخلافَ في الجوازِ والفسادِ مع اتِّفاقِهم على عدمِ التَّعرُّضِ قبلَ الإسلامِ والمُرافَعةِ، "رملي".

[١٢٥٥٩] (قولُهُ: وعليه) أي: على الأصحِّ من وقوعِهِ جائزاً تجبُ النَّفقةُ إذا طَلَبَتْها، وإذا دخَلَ بها ثمَّ أسلَمَ فقَذَفَهُ إنسانٌ يُحَدُّ كما في "البحر"[6]، أمَّا على القولِ بوقوعِهِ فاسداً لا تجبُ ولا يُحَدُّ قاذفُهُ؛ لأنَّه وَطِئَ في غيرِ ملكِهِ فلا يكونُ مُحصَناً.

[١٢٥٦٠] (قولُهُ: وأجمعوا إلخ) جوابٌ عمَّا يقال: إنَّه على القولِ بالجوازِ ينبغي ثبوتُ الإرثِ

---

(١) ((على)) ليست في "د" و"و".

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٢-٢٢٣ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ١/ق١٩٣/أ ـ ب.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/١٧٢.

(٥) المقولة [١٢٥٦٨] قوله: ((لعدم المحلِّيَّة)).

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٣.

(أسلَمَ المتزوِّجان بلا) سماعٍ (شهودٍ.................................

أيضاً، والجوابُ أنَّ القياس عدمُ ثُبوتِ الإرثِ لأحدِ الزَّوجين؛ لأنَّهما أجنبيّان، لكنَّه ثبَتَ بالنَّصِّ على خلافِ القياس في النِّكاحِ الصَّحيح مطلقاً، أي: ما يُسمَّى صحيحاً عند الإطلاق كالنِّكاحِ المُعتبَرِ شرعاً، وأمَّا نكاحُ المَحارِمِ فيُسمَّى صحيحاً، لا مطلقاً بل بالنِّسبةِ إلى الكفَّارِ، فيُقتَصرُ على مَوردِ النَّصِّ. ٣٨٦/١

قلتُ: وفيه أنَّ ما فُقِدَ شرطُهُ ليس صحيحاً عند الإطلاق أيضاً مع أنَّه يَثبُتُ فيه التَّوارُثُ كما سيذكرُهُ[1] "الشَّارح" في كتاب الفرائض، حيثُ قال مَعزِيّاً لـ"الجوهرة"[2]: ((وكلُّ نكاحٍ لو أَسلَما يُقرّانِ عليه يَتوارثان به، وما لا فلا))، قال: ((وصحَّحَهُ في "الظَّهيريَّة"[3])) اهـ، تأمَّل.

ثمَّ في حكايةِ الإجماع تبعاً لـ"البَدائع"[4] نظرٌ، فقد جرَى "القهستانيُّ"[5] على ثُبوتِ الإرثِ، لكنَّ الصَّحيح خلافُهُ كما سمعتَ، وكذا قال في "سكب الأنهر": ((ولا يَتوارثون بنكاحٍ لا يُقرّانِ عليه كنكاحِ المَحارِمِ، وهذا هو الصَّحيحُ)) اهـ.

[١٢٥٦١] (قولُهُ: أسلَمَ المُتزوِّجان إلخ) وكذا لو تَرافَعا إلينا قبل الإسلامِ أُقِرّا عليه، ولم يَذكُرْه؛

﴿بابُ نكاحِ الكافرِ﴾

(قولُهُ: وفيه أنَّ ما فُقِدَ شَرْطُهُ ليس صحيحاً إلخ) قد يقالُ: إنَّ مَن قالَ بعدَمِ التَّوارُثِ في نكاحِ المَحارِمِ يقولُ بعَدَمِهِ أيضاً فيما فُقِدَ شَرطُهُ لِمَا ذكَرَهُ "الشَّارحُ" من العلَّةِ بقولِه: ((لأنَّ الإرْثَ ثَبتَ إلخ))، ومَن قال بالتَّوارُثِ في الأوَّلِ يقولُ به أيضاً في الثَّاني، ويقولُ: التَّوارُثُ بالنِّكاحِ يَعتمِدُ على جَوازِهِ، ولا يقولُ بالعلَّةِ الَّتي ذكَرَها "الشَّارحُ".

---

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٧٥٠٠] قوله: ((وكل نكاح إلخ)).

(٢) "الجوهرة النيرة": كتاب الفرائض ـ باب الرد ٤١٢/٢.

(٣) "الظهيرية": كتاب النكاح ـ الفصل التاسع في نكاح أهل الذمة ق٨٤/ب.

(٤) لم نعثر عليها في نسخة "البدائع" التي بين أيدينا.

(٥) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ فصل نكاح القن ٢٩٥/١.

أو في عِدَّةِ كافرٍ مُعتقدَيْنِ ذلك..........................

لأنَّه معلومٌ بالأولى [٣/ق١٤٦/أ] كما في "النَّهر"[١] و"البحر"[٢].

[١٢٥٦٢] (قولُهُ: أو في عِدَّةِ كافرٍ) احترازٌ[٣] عن عِدَّةِ مسلمٍ كما يُنبِّهُ عليه "المصنِّفُ"[٤] بعدُ، وقيَّدَ في "الهداية"[٥] الإسلامَ والمرافعةَ بما إذا كانا والحرمةُ قائمةٌ، قال في "العناية"[٦]: ((وأمَّا إذا كانا بعدَ انقضاء العِدَّةِ فلا يُفرَّقُ بينهما بالإجماع)).

[١٢٥٦٣] (قولُهُ: مُعتقِدَينِ ذلك) فلو لم يكن جائزاً عندهم يُفرَّقُ بينهما اتِّفاقاً؛ لأنَّه وقعَ باطلاً فيَجبُ التَّجديدُ، "بحر"[٧]. ونقلَ بعضُ المحشِّين عن "ابن كمال": ((أنَّ الشَّرطَ جوازُهُ في دِيْنِ الزَّوجِ خاصَّةً)) اهـ.

قلت: والظَّاهرُ أنَّه أرادَ الزَّوجَ الأوَّلَ، وهو الذي طَلَّقَها؛ لأنَّ العِدَّةَ حقُّ الزَّوجِ المُطلِّق، فإذا كان لا يَعتقِدُها لا يمكن إيجابُها له، بخلاف ما لو كانَتْ تحت مسلمٍ كما قدَّمناه[٨] قريباً

(قولُهُ: قُلْتُ: والظَّاهرُ أنَّه أرادَ الزَّوجَ الأوَّلَ إلخ) قد يقالُ: إنَّ الزَّوجَ الثَّاني إذا كان يعتقدُ وُجوبَها دون الأوَّلِ يُمكنُ إيجابُها حقّاً للشَّرعِ فنُعامِلُهُ باعتقادِهِ، فالظَّاهرُ أنَّ الشَّرطَ جوازُهُ في دِيْنِ كُلٍّ مِن الزَّوجِ الأوَّلِ والثَّاني، ويدُلُّ على اعتبارِ اعتقادِ الزَّوجِ الثَّاني أنَّه لو تزوَّجَ بلا شُهُودٍ وهو لا يَعتقدُهُ لا يُقَرُّ عليه مُعاملَةً له باعتقادِهِ، بل كلامُ "ابنِ كَمَال" دَالٌّ على إرادةِ الزَّوجِ الثَّاني، وذلك أنَّه اعترَضَ قولَ المُتُون ((مُعتقدَيْن ذلك)) بقوله: ((وفيه أنَّ الشَّرْطَ جَوازُهُ في دِيْنِ الزَّوجِ خاصَّةً، ثم لا يُعتَبَرُ اعتقادُهُ وحدَهُ بل دِيْنُهُ العامُّ لأهلِ مِلَّتِه)) كما نقلَهُ عنه "السِّنْدِيُّ"، فكلامُهُ يُفيدُ أنَّه لا يُشتَرَطُ اعتقادُ المُتزوِّجَيْن جميعاً بل الزَّوجُ الثَّاني وحدَهُ.

---

(١) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٣/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٣) في "م": ((احترز)).

(٤) المقولة [١٢٥٧٦] قوله: ((أو تزوج كتابية في عدة مسلم)).

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢١٩/١.

(٦) "العناية": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣ (هامش "فتح القدير").

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٨) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

أُقِرَّا عليه) لأنَّا أُمِرْنا بتَرْكِهِم وما يعتقدون (ولو كانا) أي: المتزوِّجان اللَّذان أسلَمَا (مَحْرَمَين، أو أسلَمَ أحدُ المَحْرَمين، أو ترافَعَا إلينا وهما على الكفرِ..........

عن "الهداية"، تأمَّل.

[١٢٥٦٤] (قولُهُ: أُقِرَّا عليه) أي: عنده خلافاً لهما فيما إذا كان النِّكاحُ في العِـدَّةِ كما مَـرَّ[١]، لكنْ في "البحر"[٢] و"الفتح"[٣] عن "المبسوط"[٤]: ((إذا أَسلَما والعِدَّةُ مُنقضِيةٌ لا يُفرَّقُ بالإجماع)).

[١٢٥٦٥] (قولُهُ: لأنَّا أُمِرنا بتَرْكِهِم إلخ) هذا التَّعليلُ إنما يَظهَرُ فيما إذا تَرَافَعا وهما كـافران، أمَّا بعدَ الإسلام فالعِلَّةُ ما في "البحر"[٥]: ((من أنَّ حالةَ الإسلامِ والمرافعةِ حالـةُ البقـاء، والشَّـهادةُ ليست شرطاً فيها، وكذا العِدَّةُ لا تُنافيها كالمنكوحةِ إذا وُطِئَتْ بشُـبهةٍ)) اهـ "ط"[٦]، أي: فـإنَّ الموطوءةَ بشُبهةٍ تَجبُ العِدَّةُ عليها حالَ قيامِ النِّكـاحِ مع زَوْجِهـا وتَحـرُمُ عليـه، "فتـح"[٧]، أي: تَحرُمُ عليه إلى انقضاءِ العِدَّةِ.

[١٢٥٦٦] (قولُهُ: مَحرَمَين) بأنْ تَزوَّجَ مجوسيٌّ أُمَّهُ أو بنتَهُ، وكذا لـو تَـزَوَّجَ مُطلَّقَتَـهُ ثلاثـاً، أو جَمَعَ بين خمسٍ أو أختين في عُقْدةٍ ثـمَّ أَسلَما أو أحدُهما فُرِّقَ بينهما إجماعاً، "فتح"[٨]. وكذا قـال في "النَّهر"[٩]: ((وليس الحكمُ مقصوراً على المَحرَمِيَّةِ، بل كذلك لو تَزَوَّجَ مُطلَّقتَهُ ثلاثـاً إلخ))،

(قولُهُ: هذا التَّعليلُ إنَّما يَظهرُ فيما إذا تَرَافَعا وهُمَا كـافِرَان إلخ) قـد يقـالُ: هـو ظـاهرٌ أيضـاً فيمـا بعـد الإسلام بمُلاحظةِ تَمامِ العلَّةِ بأنْ يقالَ: وحالَةَ الإسلامِ إلى آخرِ ما ذَكَرَهُ عن "البحر".

---

(١) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣.

(٤) "المبسوط": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الذمة ٣٨/٥.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٢/٣.

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨١/٢ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٥/٣.

(٩) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٣/ب.

فرَّقَ) القاضي أو الذي حَكَّماهُ (بينهما) لعدمِ المحلِّيَّةِ (وبمرافعةِ أحدِهما لا[(١)]) يُفـرَّقُ لبقاءِ حقِّ الآخرِ...

ثمَّ قال[(٢)]: ((قيَّدنا بكونِهِ تَزَوَّجَ خمساً في عُقْدةٍ؛ لأنَّه لو تَزَوَّجَهُنَّ على التَّعاقُبِ فُرِّقَ بينه وبين الخامسةِ فقط، ولو تَزَوَّجَ واحدةً ثمَّ أربعاً جازَ نكاحُ الواحدةِ لا غيرُ، ولو أسلَمَ بعدما فارَقَ إحدى الأختين أُقِرّا عليه)) اهـ، وتمامُهُ فيه.

[١٢٥٦٧] (قولُهُ: فَرَّقَ القاضي) أمَّا على قولِهما فظاهرٌ؛ لأنَّ لهذه الأَنكِحةِ حكمَ البُطْلان[(٣)] فيما بينهم، وأمَّا على قولِهِ فلأنَّه وإنْ كان لها حكمُ الصِّحَّةِ في الأصحِّ ـ حتَّى تَجبُ النَّفقةُ ويُحَدُّ قاذفُهُ ـ إلاَّ أنَّ المَحرَمِيَّةَ وما معها تُنافي البقاءَ كما تُنافي الابتداءَ بخلافِ العِدَّةِ، [٣/ق١٤٦/ب] "نهر"[(٤)]. وفي "أبي السُّعود"[(٥)] عن "الحمويِّ": ((قال "البِرْجنديُّ": ظاهرُ العبارةِ يدلُّ على أنَّه لا تقعُ البَيْنونةُ بالإسلامِ، وقال "قاضي خان"[(٦)]: تَبِينُ بدونِ تفريقِ القاضي، ذكرَهُ في "القنية"[(٧)])).

[١٢٥٦٨] (قولُهُ: لعدمِ المَحلِّيَّةِ) أي: مَحلِّيَّةِ المَحرَمةِ وما معها لعَقْدِ الزَّوجيَّةِ ابتداءً وبقاءً، وهذا تعليلٌ على قول "الإمام" كما علمتَ.

[١٢٥٦٩] (قولُهُ: وبمرافعةِ أحدِهما لا يُفرَّقُ) أي: عنده خلافاً لهما، بخلاف ما إذا تَرَافَعا فإنَّه يُفرَّقُ بينهما عنده أيضاً؛ لأنَّهما رَضِيا بحكمِ الإسلامِ، فصار القاضي كالمُحكَّم، "فتح"[(٨)].

[١٢٥٧٠] (قولُهُ: لبقاءِ حقِّ الآخرِ) لأنَّه لم يَرْضَ بحكمِنا.

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: وبمرافعة أحدهما لا، هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: يفرق بمرافعة أحدهما كإسلامه، كما في "التبيين". وقال في "الجوهرة": قال أبو يوسف: فرّق بينهما سواء ترافعوا إلينا أم لا. وقال محمد: إن ترافع أحدهما فرقت وإلا فلا، انتهى. "شرنبلالية")). ق١٦٩/ب.

(٢) أي: في "النهر"، و((قال)) ليست في "ب" و"م"، ونقل صاحب "النهر" الكلام عن "الخانية" و"النهاية" باختصار.

(٣) في "م":((لأن هذه الأنكحة لها حكم البطلان)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ١/ق ١٩٣/ب.

(٥) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٦.

(٦) قاضيخان: لم نعثر عليها في "الخانية" ولا في "شرح الجامع الصغير".

(٧) "القنية": كتاب النكاح ـ باب في نكاح المرتدة والكفار ق٣٥/ب.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٨٦ بتصرف.

بخلافِ إسلامِهِ؛ لأنَّ الإسلام يَعلُو ولا يُعلَى (إلاَّ إذا طلَّقَها ثلاثاً وطلَبَت التَّفريقَ فإنَّه يُفرَّقُ بينهما) إجماعاً (كما لو خالَعَها ثمَّ أقامَ معها من غيرِ عقدٍ،............

[١٢٥٧١] (قولُهُ: بخلافِ إسلامِهِ) أي: إسلامِ أحدِهما، جوابٌ عن قولِهما بأنَّه يُفرَّقُ بمرافعةِ أحدِ الزَّوجين كما يُفرَّقُ بإسلامِهِ. وبيانُ الجواب على قوله بالفَرْق، وهو أنَّه بإسلامِ أحدِهما ظَهَرَتْ حُرمةُ الآخرِ لتغَيُّرِ اعتقادِهِ، واعتقادُ المُصرِّ لا يُعارضُ إسلامَ المسلم؛ لأنَّ الإسلام يَعلُو ولا يُعلَى[1] بخلاف مرافعةِ أحدِهما ورِضاهُ، فإنَّه لا يتغيَّرُ به اعتقادُ الآخرِ، "فتح"[2].

[١٢٥٧٢] (قولُهُ: إلاَّ إذا طَلَّقَها ثلاثاً إلخ) استثناءٌ من قولِهِ: ((وبمرافعةِ أحدِهما لا يُفرَّقُ))، "ط"[3].

[١٢٥٧٣] (قولُهُ: فإنَّه يُفرَّقُ بينهما) لأنَّ هذا التَّفريقَ لا يَتضمَّنُ إبطالَ حقٍّ على الزَّوجِ؛ لأنَّ الطَّلَقاتِ الثَّلاثَ قاطعةٌ لِملكِ النِّكاحِ في الأديان كلِّها، "بحر"[4].

قلت: لكنَّ المشهور الآن من اعتقادِ أهلِ الذِّمَّةِ أنَّه لا طلاقَ عندهم، ولعلَّه ممَّا غيَّرُوه من شرائعِهِم.

[١٢٥٧٤] (قولُهُ: كما لو خالَعَها) تشبيهٌ في مُطلَقِ تفريقٍ لا بقيدِ كونِهِ بعدَ مُرافعةٍ؛ لقولِ "الشَّارح" بعدُ: ((فإنَّه في هذه الثَّلاثةِ يُفرَّقُ من غيرِ مُرافَعةٍ))، "ط"[5].

[١٢٥٧٥] (قولُهُ: من غيرِ عَقْدٍ) وذلك لأنَّ الخُلعَ طلاقٌ، والذِّمِّيُّ يَعتقِدُ كونَ الطَّلاقِ مُزِيلاً للنِّكاحِ، والوطءُ بعدَهُ حرامٌ في الأديانِ كلِّها يُحَدُّون به، "نهر"[6]، أي: بالوطءِ بعدَهُ، ومحلُّ الحَدِّ إنْ لم يَعتقِدْ شُبهةَ الحِلِّ في العِدَّةِ كما نُصَّ عليه في الحدود، ومثلُ هذا التَّعليلِ يقال في مسألةِ

---

(١) في "آ": ((ولا يعلى عليه)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٨٦.

(٣) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨١. دون لفظة: ((يفرق)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٣.

(٥) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٢.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٣/ب.

أو تزوَّجَ كتابيَّةً في عِدَّةِ مسلمٍ)..

الطَّلاقِ الثَّلاثِ الآتية، "ط"(١).

[١٢٥٧٦] (قولُهُ: أو تَزَوَّجَ كتابيَّةً في عِدَّةِ مسلمٍ) وكذا لو تَزَوَّجَ الذِّمِّيُّ مسلمةً حُرَّةً أو أَمَةً، ففي "الكافي" لـ"الحاكم الشَّهيد": ((أنَّه يُفرَّقُ بينهما، ويُعاقَبُ إنْ دخَلَ بهـا، [٣/ق١٤٧/أ] ولا يَبلُغُ أربعين سَوْطاً، وتُعزَّرُ المرأةُ ومَن زَوَّجَها له، وإنْ أسلَمَ بعدَ النِّكاحِ لم يُترَكْ على نكاحِهِ)). ٣٨٧/١

(تنبيهٌ)

قال في "النَّهر"(٢): ((قَيَّدَ "المصنِّفُ" بكونِ المُتروِّجِ كافراً؛ لأنَّ المسلمَ لو تَزَوَّجَ ذِمِّيَّـةً في عِـدَّةِ كافرٍ ذكَرَ بعضُ المشايخ: أنَّه يجوزُ، ولا يُباحُ له وطئُها حتَّى يَستبرِئَها عنده، وقالا: النِّكـاحُ بـاطلٌ، كـذا في "الخانيَّـة"(٣). وأقـول: وينبغـي أنْ لا يُختَلَـفَ في وجوبِهـا بالنِّسـبةِ إلى المسـلم؛ لأنَّـه يَعتقِـدُ وجوبَها، ألا ترى أنَّ القول بعدمِ وجوبِها في حقِّ الكافرِ مُقيَّدٌ بكونِهم لا يَدِينُونها وبكونِهِ جائزاً عندهم؟ لأنَّه لو لم يكن جائزاً ـ بأن اعتَقَدُوا وُجُوبَها ـ يُفرَّقُ إجماعـاً، قـال في "الفتـح"(٤): فيَلزَمُ في المُهاجِرة وجوبُ العِدَّةِ إنْ كانوا يَعتقِدُونه؛ لأنَّ المضافَ إلى تَبايُنِ الدَّارِ الفُرقةُ لا نفيُ العِدَّةِ)) اهـ.

قلت: قولُهُ: ((وينبغي إلخ)) قد يقال فيه: إنَّه مما لا ينبغي؛ لِما مَرَّ(٥) مـن أنَّ العِدَّةَ إنما تَجِبُ

(قولُهُ: (تنبيهٌ) قال في "النَّهر": قَيَّدَ "المُصنِّفُ" إلخ) المُناسبُ ذِكْرُ هذا التَّنبيهِ عنـد قـوْلِ "المُصنِّـفِ": ((أسلَمَ المُتزوِّجانِ بلا شُهُودٍ، أو في عِدَّةِ كافرٍ إلخ)).

(قولُهُ: قُلتُ: ((قولُهُ: وينبغي إلخ)) قد يقالُ فيه: إنَّه ممَّا لا ينبغي) قد يقالُ: إنَّها كما تَثْبُتُ حقّاً للزَّوجِ تَثْبُتُ حقّاً للشَّرْعِ، وهنا أَمْكَنَ إثباتُها حقّاً للشَّرْعِ بالنِّسبةِ لِمَن يَعتقدُهُ.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٢/٢.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٣/ب بتصرف.

(٣) "الخانية": كتاب النكاح ـ باب في المحرمات ٣٦٦/١ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٤/٣.

(٥) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

أو تزَوَّجَها قبل زوجٍ آخرَ وقد طلَّقَها ثلاثـاً، فإنَّـه في هـذه الثَّلاثـةِ يُفـرَّقُ مـن غـيرِ مرافعةٍ، "بحر"[1] عن "المحيط"، ....

حقّاً للزَّوجِ، أي: الذي طَلَّقَها، ولا تجبُ له بدُونِ اعتقادِهِ، ولِما قدَّمناه[2] أيضاً عن "ابن كمـالٍ" من اعتبارِ دِيْنِ الزَّوجِ خاصَّةً، وكذا ما قدَّمناه[3] من ترجيحِ القولِ بأنَّه لا عِـدَّةَ مـن الكـافرِ عنـد "الإمام" أصلاً، تأمَّل.

[١٢٥٧٧] (قولُهُ: أو تَزَوَّجَها قبلَ زوجٍ آخرَ إلخ) مقتضاهُ أنَّ المسألة الأُولى مفروضـةٌ فيمـا إذا طَلَّقَها ثلاثاً وأقامَ معها من غيرِ تجديدِ عَقْدٍ آخرَ حتَّى تكونَ مسألةً أخرى، ويُشـكِلُ الفَـرْقُ بينهما، فإنَّه إذا توقَّفَ التَّفريـقُ في الأُولى علـى طلـبِ المـرأةِ يَـلزَمُ أنْ يتوقَّـفَ هنـا علـى طلبِهـا بالأَولى؛ لأنَّه إذا جَدَّدَ عَقْدَهُ عليها قبلَ زوجٍ آخرَ حَصَلَتْ شُبهةُ العَقْـدِ، فكيـف يُفـرَّقُ بينهمـا بلا طلبٍ أصلاً مع وجودِ شُبهةِ العَقْدِ، ولا يُفرَّقُ إلاَّ بطَلَبٍ عنـد عـدمِ وجـودِ شُـبهةِ العَقْـدِ؟! ولذا ـ وا لله أعلم ـ ذكَرَ في "البحر"[4] عن "الإسبيجابيِّ": ((أنَّه إذا طَلَّقَها ثلاثاً إنْ أمسَكَها مـن غيرِ تجديدِ النِّكاحِ عليها فُرِّقَ بينهما وإنْ لم يَترافَعا إلى القاضي، وإنْ جَدَّدَهُ عليهـا مـن غـيرِ أنْ تتزوَّجَ بآخرَ فلا تفريقَ))، ثمَّ قال: ((وهو مخالفٌ لِما في "المحيط"؛ لأنَّه سَوَّى في التَّفريقِ بين ما إذا تَزَوَّجَها أوْ لا، حيث لم تتزوَّجْ بغيرِهِ)) اهـ.

قلت: لكنَّـه مخالفٌ أيضاً لِما قدَّمناه[5] عن "الفتح" [٣/ق١٤٧/ب] وغيرِهِ: ((مـن أنَّ مثلَ

(قولُهُ: ويُشكِلُ الفَرْقُ بينَهُما إلخ) يَندَفِعُ الإشكالُ بأنَّ قولَهُ: ((وطلبت إلخ)) لا يـدُلُّ أنَّ هـذا أمْرٌ لابُدَّ منه بحيثُ لو عَدِمَ لا يُفرَّقُ بينهُما، بل القَصْدُ منه مُجرَّدُ التَّنبيهِ على عدَمِ اشتِراطِ مُرافَعَتِهِما.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٣/٣ بتصرف.

(٢) المقولة [١٢٥٦٣] قوله: ((معتقدين ذلك)).

(٣) المقولة [١٢٥٥٥] قوله: ((عند الإمام)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٤/٣ بتصرف.

(٥) المقولة [١٢٥٦٦] قوله: ((محرمين)).

خلافاً لـ "الزَّيلعيِّ" و"الحاوي" من اشتراطِ المرافعةِ.........

المَحرَمين ما لو تزَوَّجَ مُطلَّقتَهُ ثلاثاً))، إلاَّ أنْ يُخصَّ ذلك بما إذا أسلَما أو أحدُهما، لكنَّه خلافُ ما في "الزَّيلعيِّ"[1] حيث قال: ((وعلى هذا الخلافِ المُطلَّقةُ ثلاثاً والجمعُ بين المحارمِ والخمسِ[2])) اهـ، أي: الخلافُ المارُّ[3] بين "الإمام" و"صاحبيه" من أنَّه يُفرِّقُ بمرافعتِهما عندَهُ لا بمرافعةِ أحدِهما، فليُتأمَّل.

[١٢٥٧٨] (قولُهُ: خلافاً لـ "الزَّيلعيِّ" إلخ) أقول: ما في "الحاوي القُدسيِّ"[4] ليس فيه مخالفةٌ لِما هنا كما يُعلَمُ من عبارةِ "الحاوي" التي نَقَلَها "المصنِّفُ" في "مِنَحِهِ"[5]، فراجعها. وأمَّا "الزَّيلعيُّ" ففيه

(قولُهُ: أي: الخِلافُ المَارُّ بين "الإمام" و"صاحبَيْه" من أنَّه يُفرِّقُ إلخ) فيه أنَّ "الزَّيلَعِيَّ" لَم يَسْبِقْ منه تَعرُّضٌ لذِكْرِ هذا الخِلافِ في كلامه عندَ شَرْحِ قولِهِ: ((ولو كانت مُحرَّمَةً فُرِّقَ بينهُما))، وإنَّما حَكَى فيه الخِلافَ في أنكِحَةِ المَحارمِ فقالَ: ((هي صحيحةٌ عند "أبي حنيفةَ" حتَّى يَترتَّبُ عليها وُجُوبُ النَّفَقةِ، وأنَّه لا يَسْقُطُ إحْصَانُهُ بالدُّخُولِ بها بعد العَقْدِ، وقيل: عندَهُ هي فاسِدَةٌ وهو قولُهُما إلاَّ أنَّا لا نَتعرَّضُ لهم قبلَ الإسلامِ أو المُرافَعَةِ إعراضاً لا تقريراً، والصَّحيحُ الأوَّلُ، وعلى هذا الخِلافِ المُطلَّقةُ ثلاثاً، والجَمْعُ بين المَحارِمِ، أو الخَمْسِ، وفي "النِّهايةِ": ((لو تزوَّجَ أُختَيْنِ في عُقْدَةٍ واحدةٍ، ثمَّ فارَقَ إحداهُما ثمَّ أسلَمَ أقرَّا عليه، ثم بمُرافَعَةِ أحدِهِما لا يُفرِّقُ عندَهُ، وعندَهُما يُفرِّقُ، ثمَّ ذكَرَ عبارَةَ "الغايةِ"، فمُرادُهُ بقولِهِ: ((وعلى هذا الخلافِ المُطلَّقةُ ثلاثاً إلخ)) الخلافُ السَّابقُ في كلامِهِ من القوْلِ بصحَّةِ النِّكاحِ وفسَادِهِ على ما سَبَقَ لا الخلافِ الَّذي ذكَرَه "المُحشِّي"، وحينئذٍ يكونُ ما في "البحر" عن "الإسْبِيجابِيِّ" ـ مِن أنَّه إذا جدَّدَ على المُطلَّقةِ ثلاثاً بدون تزوُّجٍ بآخَرَ فلا تفريقَ ـ جَرْيٌ على قولِهِ، وكذا ما في "الفتح" و"النَّهر"، وما في "البحرِ" عن "المحيطِ" على قولِهما، لكنْ في نكاحِ المُطلَّقةِ ثلاثاً لا يَحتاجُ إلى المُرافَعةِ عندهُما بل يَكْفِي عِلْمُ القاضي، بخلافِ نِكاحِ المَحْرَمِ فإنَّه لا يُتعرَّضُ لَهُما قبلَ الإسلامِ أو المُرافَعةِ.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ١٧٢/٢.

(٢) عبارة الزيلعي: ((أو الخمس)).

(٣) المقولة [١٢٥٦٩] قوله: ((وبمرافعة أحدهما لا يفرق)).

(٤) "الحاوي القدسي": كتاب النكاح ـ فصل إذا أسلمت المرأة ق٧٦/أ.

(٥) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في أحكام نكاح الكافر ١/ق ١٣١/أ.

....

مُخالَفةٌ، فإنَّه ذكَرَ ما قدَّمناه[1] عنه آنفاً ثمَّ قال[2]: ((وذكَرَ في "الغاية" مَعزِيّاً إلى "المحيط": أنَّ المُطلَّقةَ ثلاثاً لو طَلَبَتِ التَّفريقَ يُفرَّقُ بينهما بالإجماعِ؛ لأنَّه لا يَتَضمَّنُ إبطالَ حقِّ الزَّوجِ، وكذا في الخُلعِ وعِدَّةِ المسلم لو كانَتْ كتابيَّةً، وكذا لو تَزَوَّجَها قبلَ زوجٍ آخرَ في المُطلَّقةِ ثلاثاً)) اهـ.

ووجهُ المخالفةِ: أنَّ قولَه: ((وكذا في الخُلعِ إلخ)) يُفيدُ توقُّفَ التَّفريقِ على الطَّلبِ في المسائلِ الثَّلاثِ كالمسألةِ الأُولى كما هو مُقتضَى التَّشبيهِ، وصرَّحَ بذلك في "الفتح"[3]، حيث ذكَرَ عبارةَ "الغاية"، وقال عَقِبَ قولِهِ: ((وكذا في الخُلعِ)): ((يعني: اختلَعَتْ من زوجها الذِّمِّيِّ، ثمَّ أمسكَها فرَفَعَتْهُ إلى الحاكمِ فإنَّه يُفرِّقُ بينهما؛ لأنَّ إمساكَها ظلمٌ إلخ))، فما عَزاهُ في "الغاية" إلى "المحيط"، ونقَلَهُ عنها "الزَّيلعيُّ" وصاحبُ "الفتح" مخالفٌ لِما في "البحر"[4] عن "المحيط" ـ وهو الذي مَشَى عليه "المصنِّفُ" ـ ((من عدم توقُّفِهِ على المرافعةِ في المسائلِ الثَّلاثِ وتوقُّفِهِ في المسألةِ الأُولى فقط))، وذكَرَ في "النَّهر"[5] أيضاً عبارةَ "المحيط الرَّضَويِّ"، وهي كما مَشَى عليه صاحبُ "البحر" و"المصنِّفُ"، فهذا هو وجهُ المخالفةِ الذي أرادَهُ "الشَّارحُ" ونبَّهَ عليه في "النَّهر"[6] أيضاً، وقد خَفِيَ على المحشِّين، فافهم.

نعم في كلامِ "الزَّيلعيِّ" مخالفةٌ من وجهٍ آخرَ، وهو أنَّه ذكَرَ أوَّلاً: ((أنَّ المُطلَّقةَ ثلاثاً مثلُ المَحرَمَينِ في جَرَيانِ الخلافِ كما ذكرناه[7] قريباً))، ثمَّ ذكَرَ ما في "الغاية": ((من أنَّه يُفرَّقُ بطَلَبِها إجماعاً))، ورأيتُ في "كافي الحاكم الشَّهيد" ما يُؤيِّدُ ما في "الغاية"، وذلك حيث قال:

---

(١) في المقولة السابقة.

(٢) أي: في "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٦/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٦/٣.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٤/٣.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٣/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٣/ب.

(٧) المقولة [١٢٥٧٧] قوله: ((أو تزوّجها قبل زوجٍ آخر إلخ)).

(وإذا أسلَمَ أحدُ الزَّوجين المجوسيَّين، أو امرأةُ الكتابيِّ عُرِضَ الإسلامُ على الآخرِ، فإنْ أسلَمَ) فَبِها (وإلاَّ) بأنْ أَبى..

((وإذا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ زوجتَهُ ثلاثاً ثمَّ أقامَ عليها، فرافَعَتْهُ إلى السُّلطانِ فُرِّقَ بينهما، وكذلك لو كانت اختَلَعَتْ، وإذا تَزوَّجَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ وهي في عِدَّةٍ مِن زوجٍ مسلمٍ [٣/ق١٤٨/ب] قد طَلَّقَها أو ماتَ عنها فإنّي أُفرِّقُ بينهما)) اهـ، لكنْ مُفادُهُ أنَّ التَّفريقَ في هذه الأخيرةِ لا يَحتاجُ إلى مُرافَعةٍ وطلبٍ أصلاً لتعلُّقِ حقِّ المسلم، ومثلُها ما قدَّمناه[1] عن "الكافي" أيضاً، وهو ما لو تَزوَّجَ الذِّمِّيُّ مسلمةً.

[١٢٥٧٩] (قولُهُ: وإذا أسلَمَ أحدُ الزَّوجين إلخ) حاصلُ صُوَرِ إسلامِ أحدِهما على اثنين وثلاثين؛ لأنَّهما إمَّا أنْ يكونا كتابيَّينِ، أو مجوسيَّينِ، أو الزَّوجُ كتابيٌّ وهي مجوسيَّةٌ، أو بالعكسِ، وعلى كلٍّ فالمسلمُ إمَّا الزَّوجُ أو الزَّوجةُ، وفي كلٍّ من الثَّمانيةِ إمَّا أنْ يكونا في دارِنا، أو في دارِ الحرب، أو الزَّوجُ فقط في دارِنا، أو بالعكسِ، أفادَهُ في "البحر"[2]، وفيه[3] أيضاً: ((قيَّدَ بالإسلامِ؛ لأنَّ النَّصرانيَّةَ إذا تَهوَّدَتْ أو عكسُهُ لا يُلتفَتُ إليهم؛ لأنَّ الكفرَ كلَّهُ مِلَّةٌ واحدةٌ، وكذا لو تَمَجَّسَتْ زَوجةُ النَّصرانيِّ فهما على نكاحِهما، كما لو كانَتْ مجوسيَّةً في الابتداءِ)) اهـ.

٢/٣٨٨

والمرادُ بالمجوسيِّ: مَن ليس له كتابٌ سماويٌّ، فيَشمَلُ الوَثَنيَّ والدَّهْريَّ، وأراد "المصنِّفُ" بالزَّوجينِ المجتمعَينِ في دارِ الإسلام، وسيأتي[4] محترزُهُ في قولِهِ: ((ولو أسلَمَ أحدُهما ثَمَّةَ إلخ[5])).

[١٢٥٨٠] (قولُهُ: أو امرأةُ الكِتابيِّ) أمَّا إذا أسلَمَ زَوجُ الكتابيَّةِ فإنَّ النِّكاحَ يبقى كما

---

(١) المقولة [١٢٥٧٦] قوله: ((أو تزوج كتابية في عدة مسلم)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٦.

(٣) أي: في "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٦ ـ ٢٢٧.

(٤) المقولة [١٢٥٩٩] قوله: ((ولو أسلم أحدهما ثمة)).

(٥) من ((وفيه أيضاً)) إلى ((ثمة إلخ)) ساقط من "آ".

أو سكَتَ (فُرِّقَ بينهما ولو كان) الزَّوجُ (صبيّاً مميِّزاً) اتِّفاقاً على الأصحِّ (والصَّبيَّةُ كالصَّبيِّ) فيما ذُكِرَ، والأصلُ: أنَّ كلَّ مَن صَحَّ منه الإسلامُ إذا أتى به صَحَّ منه الإباءُ إذا عُرِضَ عليه.

(ويُنتظَرُ عقلُ) أي: تمييزُ (غيرِ المميِّزِ،..........................

يأتي[1] متناً.

[١٢٥٨١] (قولُهُ: أو سكَتَ) غيرَ أنَّه في هذه الحالةِ يُكرَّرُ عليه العَرْضُ ثلاثاً احتياطاً، كذا في "المبسوط"[2]، "نهر"[3].

[١٢٥٨٢] (قولُهُ: فُرِّقَ بينهما)[4] وما لم يُفرِّقِ القاضي فهي زَوجتُهُ، حتَّى لو ماتَ الزَّوجُ قبل أنْ تُسلِمَ امرأتُهُ الكافرةُ وجَبَ لها المهرُ، أي: كمالُهُ وإنْ لم يَدخُلْ بها؛ لأنَّ النِّكاحَ كان قائماً، ويتقرَّرُ بالموت، "فتح"[5]. وإنما لم يَتوارَثا لمانعِ الكفرِ.

[١٢٥٨٣] (قولُهُ: صبيّاً مُميِّزاً) أي: يَعقِلُ الأديانَ؛ لأنَّ رِدَّتَهُ مُعتبَرةٌ، فكذا إباؤُهُ، "فتح"[6]. قال في "أحكام الصِّغار"[7]: ((والمعتوهُ كالصَّبيِّ العاقلِ)) اهـ.

[١٢٥٨٤] (قولُهُ: على الأصحِّ) وقيل: لا يُعتبَرُ إباؤُهُ عند "أبي يوسف" كما لا تُعتبَرُ رِدَّتُهُ عنده، "فتح"[8].

[١٢٥٨٥] (قولُهُ: فيما ذُكِرَ) أي: من حكمِ الإسلامِ والإباءِ والسُّكوتِ.

---

(١) "در" صـ٦٣٨ـ.

(٢) لم نعثر عليها في نسخة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/ب.

(٤) هذه المقولة مؤخرة عن المقولة التي بعدها في "الأصل" و"آ".

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

(٧) "جامع أحكام الصغار": في مسائل الفرقة بين الزوجين بالكفر ١١٣/١.

(٨) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

ولو) كان (مجنوناً) لا يُنتظَرُ لعدمِ نهايتِهِ، بل (يُعرَضُ) الإسلامُ (على أبويه) فأيُّهما أسلَمَ تَبعَهُ فيبقى النِّكاحُ، فإنْ لم يكن له أبٌ نَصَبَ القاضي عنه وصيّاً، فيَقضِي عليه بالفُرقةِ، "باقاني" عن "البَهْنَسيِّ" عن "روضة العلماء" لـ "الزاهديِّ"..........

[١٢٥٨٦] (قولُهُ: ولو كان) أي: الصَّبيُّ كما تُفيدُهُ[(١)] عبارةُ "الفتح"[(٢)]، وليس بقيدٍ، بل البالغُ مثلُهُ.

[١٢٥٨٧] (قولُهُ: لعدمِ نهايتِهِ) بخلافِ عدمِ التَّمييزِ، فإنَّ له نهايةً.

[١٢٥٨٨] (قولُهُ: بل يُعرَضُ الإسلامُ على أبويه إلخ) قال في "التَّحرير" و"شرحِهِ"[(٣)]: ((وإنَّما يُعرَضُ الإسلامُ على أبيه أو[(٤)] أمِّهِ لصيرورتِهِ مُسلِماً بإسلامِ أحدِهما، فإنْ أسلَمَ أحدُهما[(٥)] أُقِرّا على النِّكاحِ، وإنْ أَبَى فُرِّقَ بينهما دفعاً للضَّررِ عن المسلمةِ، ويصيرُ مُرتدّاً تبعاً بارتدادِ أبويه ولَحاقِهما [٣/ق١٤٨/ب] به، بخلافِ ما إذا تَركَاهُ في دارِ الإسلام، أو بلَغَ مُسلماً ثمَّ جُنَّ، أو أسلَمَ عاقلاً فجُنَّ قبل البُلوغِ فارتَدّا ولَحِقا به؛ لأنَّه صار مُسلِماً بتَبَعيَّةِ الدَّارِ عند زَوالِ تَبَعيَّةِ الأبوين أو بتقرُّرِ ركنِ الإيمان منه، قال "شمسُ الأئمَّة": وليس المرادُ مِن عَرْضِ الإسلامِ على والده أنْ يُعرَضَ عليه بطريقِ الإلزامِ، بل على سبيلِ الشَّفقةِ المعلومةِ من الآباءِ على الأولادِ عادةً، فلعلَّ ذلك يَحمِلُهُ على أنْ يُسلِمَ، ألا ترى أنَّه إذا لم يكن له والدان جعَلَ القاضي له خَصْماً وفَرَّقَ بينهما؟ فهذا دليلٌ على أنَّ الإباءَ يَسقُطُ اعتبارُهُ هنا للتَّعذُّرِ)) اهـ. وهذا ما نقلَهُ عن "الباقانيِّ"، ومثلُهُ في "التَّاترخانيَّة"[(٦)].

وحاصلُهُ: أنَّ فائدة نَصْبِ[(٧)] الوصيِّ الحُكمُ بالتَّفريقِ بلا عَرْضٍ، بل يَسقُطُ العَرْضُ للضَّرورةِ؛

---

(١) في "ب": ((يفيده)).

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٨٨/٣.

(٣) "التقرير والتحبير": المقالة الثانية ـ الباب الأول في الأحكام ـ الفصل الرابع في المحكوم عليه ١٧٣/٢-١٧٤ بتصرف.

(٤) في "الأصل" بالواو بدل ((أو)).

(٥) ((فإن أسلم أحدهما)) ساقط من "الأصل".

(٦) "التاترخانية": كتاب النكاح ـ الفصل التاسع في نكاح الكفار ١٨٣/٣.

(٧) في "الأصل":((تنصيب)).

(ولو أسلَمَ الزَّوجُ وهي مجوسيَّةٌ فتَهَوَّدَتْ أو تنصَّرَتْ بقيَ نكاحُها، كما لو كانت في الابتداءِ كذلك) لأنَّها كتابيَّةٌ مآلاً (والتَّفريقُ) بينهما (طلاقٌ) يُنْقِصُ العددَ (لو أَبَى لا لو أَبَتْ)[1] ....

لأنَّه لا يَصيرُ مسلماً بتَبَعيَّةِ غيرِ الأبوين، وقد عُلِمَ مما ذكرناه أنَّه لو كان له أمٌّ فقط يُعرَضُ الإسلامُ عليها، فإنْ أَبَتْ فُرِّقَ بينهما؛ لأنَّه تَبَعٌ لها وإنْ لم تكن لها وَلايةٌ عليه؛ لأنَّ المَناطَ هنا التَّبعيَّةُ لا الوَلايةُ، فقولُ بعضِ المحشِّين: إنَّه عند عدمِ الأبِ لا يُعرَضُ على الأمِّ بل يَنصِبُ له وصيّاً غيرُ صحيحٍ، نعم لو كان أبواه مجنونين أيضاً ينبغي أنْ يَنصِبَ عنه وصيّاً.

والحاصلُ: أنَّ المجنون كالصَّبيِّ في تبعيَّتِهِ لأبويه إسلاماً وكفراً ما لم يُسلِمْ قبلَ جُنُونِهِ.

[١٢٥٨٩] (قولُهُ: وهي مجوسيَّةٌ إلخ) بخلافِ عكسِهِ، وهو ما لو كانَتْ نصرانيَّةً وقتَ إسلامِهِ ثمَّ تَمَجَّسَتْ، فإنَّه تقعُ الفُرقةُ بلا عَرْضٍ عليها، "بحر"[2] عن "المحيط". وظاهرُهُ وقوعُ الفُرقةِ بلا تفريقِ القاضي؛ لأنَّها صارَتْ كالمُرتدَّةِ، تأمَّل.

[١٢٥٩٠] (قولُهُ: طلاقٌ يُنْقِصُ العددَ) أشار إلى أنَّ المراد بالطَّلاقِ حقيقتُهُ لا الفسخُ، فلو أسلَمَ ثمَّ تَزَوَّجَها يَملِكُ عليها طلقتين فقط عندهما، وقال "أبو يوسف": إنَّه فسخٌ.

ثمَّ هذا الطَّلاقُ بائنٌ قبلَ الدُّخولِ أو بعدَهُ، قال في "النِّهاية": ((حتَّى لو أسلَمَ الزَّوجُ لا يَملِكُ الرَّجعةَ))، قال في "البحر"[3]: ((وأشار بالطَّلاقِ إلى وجوبِ العِدَّةِ عليها إنْ كان دخَلَ بها؛

---

(١) في "د" زيادة: ((هذا أولى من قول "الكنز": وإباء طلاق لا إباؤها، فإنَّ في جعله الإباءَ طلاقاً نوعُ تجوُّزٍ، وفي الحقيقة إنَّما هو سبب فقط كما يُفصِح عنه قولهم: إنَّه لمَّا فات الإمساك بالمعروف وَجَبَ التسريح بالإحسان، فإن طلَّق وإلا ناب القاضي منابَهُ في ذلك فيكون طلاقاً إذا كان نائباً عمَّن إليه الطلاق، وفي هذا تصريح أنَّه لو طلَّق وقع ولم يحتج إلى التفريق كما في "النهر")). ق١٧٠/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣ بتصرف.

....

لأنَّ المرأةَ إنْ كانَتْ مسلمةً فقد التزَمَتْ أحكامَ الإسلام، ومن حُكمِهِ وجوبُ العِدَّةِ، وإنْ كانَتْ كافرةً لا تَعتقِدُ وجوبَها فالزَّوجُ مسلمٌ والعِدَّةُ حقُّهُ، وحقوقُنا لا تَبطُلُ بدياناتِهم، وإلى وجوبِ النَّفقةِ في العِدَّةِ إنْ كانت هي مسلمةً؛ [٣/ق١٤٩/أ] لأنَّ المنعَ من الاستمتاعِ جاء مِن جِهَتِهِ، بخلاف ما إذا كانَتْ كافرةً وأسلَمَ الزَّوجُ؛ لأنَّ المنعَ من جِهَتِها، ولذا لا مهرَ لها إنْ كان قبلَ الدُّخولِ)) اهـ. أمَّا لو أسلَمَتْ وأبى الزَّوجُ فلها نصفُ المهرِ قبل الدُّخولِ وكلُّهُ بعدَهُ كما في "كافي الحاكم"، ثمَّ قال في "البحر"[(١)]: ((وأشارَ أيضاً إلى وقوعِ طلاقِهِ عليها ما دامَتْ في العِدَّةِ كما لو وَقَعَتِ الفُرقةُ بالخُلعِ أو بالجَبِّ أو العُنَّةِ، كذا في "المحيط"، وظاهرُهُ أنَّه لا فرقَ في وقوعِ الطَّلاق عليها بين أنْ يكونَ هو الآبيَ أو هي، وظاهرُ ما في "الفتح"[(٢)] أنَّه خاصٌّ بما إذا أسلَمَتْ وأَبى هو، والظَّاهرُ الأوَّلُ)) اهـ.

أقول: ما في "الفتح" صريحٌ في الأوَّلِ حيث قال: ((إذا أسلَمَ أحدُ الزَّوجينِ الذِّمِّيَّين وفُرِّقَ بينهما بإباءِ الآخرِ فإنَّه يقعُ عليها طلاقُهُ وإنْ كانت هي الآبيةَ، مع أنَّ الفُرقةَ فسخٌ، وبه يَنتقِضُ ما قيل: إذا أسلَمَ أحدُ الزَّوجين لم يَقَعْ عليها طلاقُهُ)) اهـ.

نعم ظاهرُ ما في "المحيط" يفيدُ أنَّه خاصٌّ بما إذا كان هو الآبيَ، وهو قولُهُ: ((كما لو وَقَعَتِ الفُرقةُ بالخُلعِ إلخ))؛ لأنَّها فُرقةٌ من جانبِهِ فتكونُ طلاقاً، ومُعتدَّةُ الطَّلاقِ يقعُ عليها الطَّلاقُ، أمَّا لو كانَتْ هي الآبيةَ تكونُ الفُرقةُ فسخاً، والفسخُ رَفْعٌ للعَقْدِ، فلا يقعُ الطَّلاقُ في عِدَّتِهِ، نعم في "البحر"[(٣)] أوَّلَ كتابِ الطَّلاقِ: ((أنَّه لا يقعُ في عِدَّةِ الفسخِ إلاَّ في ارتدادِ أحدِهما وتفريقِ

(قولُهُ: نعم ظاهرُ ما في "المحيطِ" يُفيدُ أنَّه خاصٌّ بما إذا كان هو الآبي إلخ) قد يقالُ: إنَّ إطلاقَ "المحيط" وقوعَ الطَّلاقِ عليها ما دامَتْ في العِدَّةِ يُفيدُ الإطلاقَ هو الظَّاهرُ، كما قاله في "البحر"، ومُجرَّدُ التَّشبيهِ المذكُورِ لا يُفيدُ أنَّ الوُقوعَ خاصٌّ بما إذا أَبى و لم يُوجَدْ ما يدُلُّ على عدَمِه إذا أبَتْ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٨٨.

(٣) "البحر": ٣/٢٥٥ بتصرف.

لأنَّ الطَّلاق لا يكونُ من النِّساءِ.

(وإباءُ المميِّزِ وأحدِ أَبَوي المجنونِ..........................

القاضي بإباءِ أحدِهما عن الإسلام))، وفي "البزَّازيَّة"[(١)]: ((وإذا أسلَمَ أحدُ الزَّوجين لا يقعُ على الآخرِ طلاقُهُ))، لكنْ قال "الخيرُ الرَّمليُّ": ((إنَّ هذا في طلاقِ أهلِ الحرب))، أي: فيما لو هاجَرَ أحدُهما إلينا مُسلِماً؛ لأنَّه لا عِدَّةَ عليها.

٣٨٩/٢ **قلت**: إنَّ هذا الحملَ ممكنٌ في عبارة "البزَّازيَّة" دُونَ عبارةِ طلاق "البحر"، فليُتأمَّل، وسيأتي[(٢)] تمامُ الكلام على ذلك آخرَ باب الكنايات.

[١٢٥٩١] (قولُهُ: لأنَّ الطَّلاقَ لا يكونُ من النِّساءِ) بل الذي يكونُ من المرأةِ عند القدرةِ على الفُرقةِ شرعاً هو الفسخُ، فيَنُوبُ القاضي مَنابَها فيما تَمِلكُهُ.

[١٢٥٩٢] (قولُهُ: وإباءُ المُميِّزِ) أي: تفريقُ القاضي بسببِ الإباءِ، وإلاَّ فالإباءُ ليس بطلاقٍ، "ح"[(٣)].

[١٢٥٩٣] (قولُهُ: وأحدِ أَبَوي المجنونِ) أي: إذا لم يُوجَدْ إلاَّ أحدُهما أباً أو أمّاً، أمَّا لو وُجِدا فلا بدَّ من إباءِ كلٍّ منهما؛ لأنَّه لو أسلَمَ أحدُهما تَبِعَهُ كما مرَّ[(٤)].

(قولُهُ: بل الَّذي يكونُ من المرأةِ عند القُدْرةِ إلخ) هكذا عَزَا "السِّنْدِيُّ" هذه العبارةَ لـ"المنح"، ثمَّ قال: ((وهو يُشعِرُ بأنَّ لها التَّفريقَ على أنَّه فَسخٌ وليس كذلك، بل لا يقعُ إلاَّ بقضاءِ القاضي)) اهـ. وقد يقالُ: إنَّ المرادَ بكونِهِ للمرأةِ أنَّ لها وِلايَتَهُ إلاَّ أنَّها لَمَّا لم يكن لها وِلايَةٌ على زوجِها في إلزامِهِ به نابَ القاضي مَنابَها.

---

(١) "البزازية": كتاب الطلاق ـ نوع في محله ١٧٣/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [١٣٥٤٩] قوله: ((كإسلام)).

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧٠/أ.

(٤) "در" صـ٦٣٦ـ.

طلاقٌ) في الأصحِّ، وهو من أغربِ المسائلِ، حيث يقعُ الطَّلاقُ من صغيرٍ ومجنونٍ، "زيلعي"(١). وفيه نظرٌ(٢)؛ إذ الطَّلاقُ من القاضي، وهو عليهما لا منهما، فليسا بأهلٍ للإيقاعِ بل للوقوعِ،..

[١٢٥٩٤] (قولُهُ: طلاقٌ في الأصحِّ) يشيرُ إلى أنَّه في غيرِ الأصحِّ يكونُ فسخاً، "أبو السُّعود"(٣).

مطلبٌ: الصَّبيُّ والمجنونُ ليسا بأهلٍ لإيقاعِ الطَّلاقِ بل للوقوع

[١٢٥٩٥] (قولُهُ: فليسا بأهلٍ للإيقاعِ) [٣/ق١٤٩/ب] أي: إيقاعِ الطَّلاق منهما، بل هما أهلٌ للوقوعِ، أي: حكَمَ الشَّرعُ بوقوعِهِ عليهما عند وجودِ مُوجِبِهِ، وفي "شرح التَّحرير"(٤): ((قال صاحب "الكشف"(٥) وغيرُهُ: المرادُ من عدمِ شرعيَّةِ الطَّلاقِ أو العتاقِ في حقِّ الصَّغيرِ عدمُها

(قولُهُ: وفي "شرحِ التَّحريرِ" قال صاحبُ "الكَشْفِ" وغيرُه: المُرادُ من عدَمِ شَرْعيَّةِ الطَّلاقِ إلخ) قد يقالُ: عِبارتُهُ لا تُفيدُ أنَّ الوُقُوعَ منهُما بل مَشروعيَّةَ الطَّلاقِ في حقِّهِما عند الحاجةِ، وهذا أمْرٌ لا نِزاعَ فيه، وعبارةُ "السَّرْخَسِيِّ" إنَّما أفادَتْ مِلْكَ الطَّلاقِ بِمِلْكِ النِّكاحِ، وأنَّه إذا تحقَّقتِ الحاجةُ إلخ، وليس فيها أنَّ الإيقاعَ يكونُ منه أو من القاضي بل غايَةُ ما تُفيدُهُ وُجُودُ الحاجَةِ للإيقاعِ من جِهتِه، وكونُ الإيقاعِ الَّذي يَحصُلُ بعد الحاجَةِ منه أو غيرِهِ أمرٌ آخَرُ لا دَلالةَ في الكلامِ عليه، تأمَّل.

---

(١) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ١٧٥/٢ بتصرف يسير.

(٢) في "د" زيادة: ((قال أبو السعود: نظر فيه شيخنا لتصريحهم بأنّه إنّما كان إباؤه طلاقاً؛ لأنّه لما فات الإمساك بالمعروف وجب التسريح بالإحسان، فإن فعل وإلا ناب القاضي منابه، فكان تفريق القاضي بإبائه بطريق النيابة عن المميِّز وأحد أبوي المجنون، وفعلُ النائب منسوبٌ للمنوب عنه لا محالة، فكان الطلاق واقعاً منهما حكماً، انتهى. قال بعض المحشّين: وفيه أن القاضي حاكم لا نائب.

قلت: كيف هذا مع تصريحهم بأنه نائب كـ"الهداية" وغيرها، كما مرّ)). ق١٧٠/أ.

(٣) "فتح المعين": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٨/٢ بتصرف.

(٤) "التقرير والتحبير": المقالة الثانية ـ الباب الأول ـ الفصل الرابع: المحكوم عليه ١٧١/٢ بتصرف.

(٥) "كشف الأسرار": باب أهلية الأداء ٤٢٣/٤-٤٢٤ بتصرف.

كما لو وَرِثَ قريبَهُ، ولو قال: إنْ جُنِنْتُ فأنتِ طالقٌ، فجُنَّ لم يقع بخلاف إن دخلت الدار فدخلها مجنوناً...

عند عدمِ الحاجةِ، فأمَّا عندَ تحقُّقِها فمشروعٌ، قال شمس الأئمَّةِ "السَّرخسيُّ"[1]: زعَمَ بعضُ مشايخنا أنَّ هذا الحكمَ غيرُ مشروعٍ أصلاً في حقِّ الصَّبيِّ، حتَّى إنَّ امرأتَهُ لا تكونُ محلاًّ للطَّلاقِ، وهذا وَهْمٌ عندي، فإنَّ الطَّلاق يُملَكُ بملكِ النِّكاحِ؛ إذ لا ضررَ في إثباتِ أصلِ المِلك، بل الضَّررُ في الإيقاعِ، حتَّى إذا تَحَقَّقَتِ الحاجةُ إلى صحَّةِ إيقاعِ الطَّلاقِ من جهَتِهِ لدَفْعِ الضَّرَرِ كان صحيحاً، فإذا أسلَمَتْ زوجتُهُ وأبى فُرِّقَ بينهما، وكان طلاقاً عند "أبي حنيفة" و"محمَّدٍ"، وإذا ارتَدَّ ـ والعِياذُ با لله تعالى ـ وَقَعَتِ البينونةُ، وكان طلاقاً في قولِ "محمَّدٍ"، وإذا وَجَدَتْهُ مجبوباً فخاصَمَتْهُ فُرِّقَ بينهما، وكان طلاقاً عند بعضِ المشايخ)) اهـ.

قلت: وحاصلُهُ أنَّه كالبالغِ في وقوعِ الطَّلاقِ منه بهذه الأسبابِ، إلاَّ أنه لا يصحُّ إيقاعُهُ منه ابتداءً للضَّررِ عليه، ومثلُهُ المجنونُ، وبه ظهَرَ أنَّه لا حاجةَ إلى أنَّه إيقاعٌ من القاضي؛ لأنَّ تفريقَ القاضي هنا كتفريقِهِ بإباءِ البالغ عن الإسلام، وهو طلاقٌ منه بطريقِ النِّيابةِ، فكذا في الصَّبيِّ والمجنونِ، لكنْ لَمَّا كان المشهورُ أنَّه لا يقعُ طلاقُهما ـ أي: ابتداءً ـ وكان وقوعُهُ منهما بعارِضٍ غريباً، قال "الزَّيلعيُّ"[2] وغيرُهُ: ((إنَّه من أغربِ المسائل))، فافهم.

[١٢٥٩٦] (قولُهُ: كما لو وَرِثَ قريبَهُ) أي: الرَّحِمَ المَحرَمَ منه، كأنْ وَرِثَ أباه المملوكَ لأخيه من أمٍّ مثلاً، فإنَّه يَعتِقُ عليه، وكما لو تَزَوَّجَ مملوكةَ أبيه فوَرِثَها منه انفسَخَ النِّكاحُ.

[١٢٥٩٧] (قولُهُ: لم يَقَعْ) لأنَّه عَلَّقَهُ على ما يُنافي وقوعَهُ منه، فإنَّ الجزاءَ ـ وهو: أنتِ

(قولُ "الشَّارحِ": ولو قال: إنْ جُنِنْتُ فأنتِ طالِقٌ، فجُنَّ لَم يَقَعْ إلخ) ذكَرَها "الزَّيلعيُّ" في باب نكاح

---

(١) "أصول السرخسي": باب أهلية الآدمي لوجوب الحقوق له وعليه ـ فصل في بيان أهلية الأداء ٣٤٨/٢ بتصرف.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ١٧٥/٢.

وقع..

طالقٌ ـ لا يَنعقِدُ سبباً للطَّلاقِ إلاَّ عند وجودِ الشَّرطِ، فلا بدَّ من كونِ الشَّرطِ صالحاً له، فهو كقولِهِ: إنْ مِتُّ فأنتِ طالقٌ، كذا ظهَرَ لي.

[١٢٥٩٨] (قولُهُ: وقَعَ) لِما صرَّحُوا به من أنَّ الأهليَّةَ إنما تُعتبَرُ وقتَ التَّعليقِ لا وقتَ وجودِ الشَّرط، وليس الشَّرطُ هنا ـ وهو دخولُ الدَّارِ ـ مُنافياً لانعقادِ الجزاءِ سبباً للطَّلاقِ بخلافِ المسألة الأُولى.

والحاصلُ: أنَّه لا بدَّ [٣/ق١٥٠/أ] في صحَّةِ التَّعليقِ من وُجُودِ الأهليَّةِ وقتَهُ، وعدمِ مُنافاةِ الشَّرطِ المعلَّقِ عليه للجزاءِ المعلَّقِ، وهنا وُجِدَ كلٌّ منهما بخلاف الأُولى، فإنَّه وُجِدَت[1] فيها الأهليَّةُ وقتَ التَّعليقِ، وفُقِدَ الآخرُ وهو عدمُ المنافاةِ، هذا ما ظهَرَ لي.

الرَّقيقِ؛ حيثُ قال: ((إذا قال لامرأتِهِ: إنْ جُنِنْتُ فأنتِ طالِقٌ لا يَقَعُ الطَّلاقُ إذا جُنَّ؛ لأنَّ عند تحقُّقِ الشَّرْطِ انتفَتِ الأهليَّةُ، بخلافِ ما إذا قالَ: إنْ دَخلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ فدخلَتْها وهو مَجنُونٌ حيثُ تطلُقُ؛ لأنَّ التَّعليقَ صحيحٌ لكَونِ الشَّرْطِ لا يُنافي الطَّلاقَ)) اهـ، تأمل. وذَكَر أيضاً في طلاقِ المريضِ: ((أنَّ المُعلَّقَ بالشَّرْطِ كالمُنجَّزِ عندَهُ حُكْماً لا قصْداً، ولهذا لو وُجِدَ الشَّرْطُ وهو مَجْنونٌ يقعُ، ولو كان قصْداً لَمَا وقَعَ لعدَمِ القصْدِ)) اهـ. ثمَّ رأيتُ في باب التَّدبيرِ من "الزَّيلعيِّ": ((أنَّ وجْهَ وُقُوعِ الطَّلاقِ فيما إذا وُجِدَ الشَّرْطُ وهو مَجْنونٌ أنَّه أهْلٌ للتَّصرُّفِ في الجُملَةِ، ألا تَرَى أنَّه يَعْتِقُ عليه قريبُهُ بالمِلْكِ، ويُمكنُ وُجُودُ الشَّرْطِ وهو أهْلٌ فأمْكَنَ اعتبارُهُ حُكْماً)) اهـ. وقال في "غايةِ البَيَانِ": ((الجُنُونُ لا يُبطِلُ الأهليَّةَ من كُلِّ وجْهٍ، ألا تَرَى أنَّه أهْلٌ للمِلْكِ وزَوَالِهِ، ولهذا صحَّ تزويجُ الوليِّ عليه، وتَبِيْنُ امرأتُهُ بارتدادِ أبَوَيه، وكذا إذا باشَرَ أسبابَ المُصَاهرَةِ تَثْبتُ، بخلافِ المَيِّتِ فإنَّ أهليَّتَه تبْطُلُ)) اهـ. وذكر في "الفتح" في بابِ اليمينِ في العِتْقِ: ((أنَّه لَمَّا كانت العلَّةُ قبلَ وُجُودِ الشَّرْطِ بعرَضيَّةِ أنْ تصيرَ علَّةً اعتبَر الشَّرعُ لها حُكْمَ العلَّةِ حتَّى اعتُبِرَتِ الأهليَّةُ عندها اتِّفاقاً، فلو كان مَجْنوناً عند وُجُودِ الشَّرْطِ وقَعَ الطَّلاقُ والعِتَاقُ)).

---

(١) من ((كلٌّ منهما)) إلى ((وجدت)) ساقط من "الأصل".

(ولو أسلم أحدهما) أي: أحد المجوسيين أو امرأة الكتابي (ثمة) أي: في دار الحرب وملحق بها كالبحرِ المِلْحِ..

[١٢٥٩٩] (قولُهُ: ولو أسلَمَ أحدُهما ثَمَّةَ) هذا مقابلُ قولِهِ فيما مَرَّ[١]: ((وإذا أسلَمَ أحدُ الزَّوجينِ المجوسيَّينِ أو امرأةُ الكِتابيِّ إلخ))، فإنَّه مفروضٌ فيما إذا اجتَمَعا في دارِ الإسلام كما قدَّمناه[٢]، ولذا قال في "البحر"[٣] هنا: ((أطلَقَ في إسلامِ أحدِهما في دارِ الحرب، فشَمِلَ ما إذا كان الآخرُ في دارِ الإسلام أو في دارِ الحرب، أقامَ الآخرُ فيها أو خرَجَ إلى دارِ الإسلام، فحاصلُهُ أنَّه ما لم يَجتَمِعا في دارِ الإسلام فإنَّه لا يُعرَضُ الإسلامُ على المُصِرِّ سواءٌ خرَجَ المسلمُ أو الآخرُ؛ لأنَّه لا يُقضَى لغائبٍ ولا على غائبٍ، كذا في "المحيط")) اهـ.

[١٢٦٠٠] (قولُهُ: كالبحرِ المِلْحِ) قال في "النَّهر"[٤]: ((وينبغي أنْ يكون ما ليس بدارِ حربٍ ولا إسلامٍ مُلحَقاً بدارِ الحربِ كالبَحرِ المِلْحِ[٥]؛ لأنَّه لا قهرَ لأحدٍ عليه، فإذا أسلَمَ أحدُهما وهو راكبُهُ توقَّفَتِ البينونةُ على مُضيِّ ثلاثِ حِيَضٍ أخذاً من تعليلِهم بتعذُّرِ العَرْضِ لعدمِ الوَلايةِ)) اهـ.

وهل حكمُ البَحرِ المِلْحِ في غيرِ هذه حكمُ دارِ الحرب، حتَّى لو خرَجَ إليه الذِّمِّيُّ صار حربيّاً وانتقَضَ عهدُهُ، وإذا خرَجَ إليه الحربيُّ وعادَ قبلَ الوصولِ إلى دارِهِ يُنقَضُ أمانُهُ ويُعشَّرُ ما معه؟ يُحرَّرُ، "ط"[٦].

(قولُهُ: يُنْقَضُ أمانُهُ ويُعَشَّرُ ما مَعَهُ، يُحرَّرُ) الظَّاهرُ لا فيهما.

---

(١) "در" صـ٦٢٧ـ.

(٢) المقولة [١٢٥٧٩] قوله: ((وإذا أسلمَ أحدُ الزَّوجين إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٨/٣.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ١/ق ١٩٤/ب.

(٥) ((الملح)) ليست في "النهر".

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٣/٢.

(لم تَبِنْ حتَّى تحيضَ ثلاثاً) أو تمضيَ ثلاثةُ أشهرٍ (قبلَ إسلامِ الآخَرِ) إقامةً لشرطِ الفُرقةِ مُقامَ السَّببِ، ....

[١٢٦٠١] (قولُهُ: لم تَبِنْ حتَّى تحيضَ إلخ) أفادَ بتوقُّفِ البينونةِ على الحيضِ أنَّ الآخرَ لو أسلَمَ قبلَ انقضائِها فلا بينونةَ، "بحر"(١).

[١٢٦٠٢] (قولُهُ: أو تَمضِيَ ثلاثةُ أشهرٍ) أي: إنْ كانَتْ لا تَحِيضُ لصِغَرٍ أو كِبَرٍ كما في "البحر"(٢)، وإنْ كانت حاملاً فحتَّى تَضَعَ حملَها، "ح"(٣) عن "القهستانيّ"(٤).

[١٢٦٠٣] (قولُهُ: إقامةً لشَرْطِ الفُرقةِ) وهو مُضِيُّ هذه المدَّةِ ((مُقامَ السَّببِ)) وهو الإباءُ؛ لأنَّ الإباءَ(٥) لا يُعرَفُ إلاَّ بالعَرْضِ، وقد عُدِمَ العَرْضُ لانعدامِ الوَلايةِ، ومسَّتِ الحاجةُ إلى التَّفريقِ؛ لأنَّ المُشرِكَ لا يَصلُحُ للمسلِمِ، وإقامةُ الشَّرطِ عند تعذُّرِ العِلَّةِ جائزٌ، فإذا مَضَتْ هذه المدَّةُ صار مُضِيُّها بمنزلةِ تفريقِ القاضي، وتكونُ فُرقةً بطلاقٍ على قياسِ قولِهما، وعلى قياسِ قول

(قولُهُ: وهو مُضِيُّ هذه المُدَّةِ إلخ) مُضيُّ المُدَّةِ إنَّما هو شَرْطٌ في الطَّلاقِ الرَّجْعيِّ، فإذا لَم تَمْضِ فلا فُرْقةَ، وأمَّا في البائنِ فتتحقَّقُ الفُرْقةُ بمُجرَّدِ إيقاعِهِ ولو في العِدَّةِ؛ لأنَّه لا يجوزُ نكاحُ المُبانةِ إلاَّ بعقْدٍ جديدٍ اهـ. "سِنديّ"، لكن قد يقالُ: ((إنَّ العدَّةَ لَمَّا كانت قائمةً وهي من آثارِ النِّكاحِ لا تَتِمُّ الفُرْقَةُ إلاَّ بمُضِيِّها.

(قولُهُ: مُقامَ السَّببِ وهو الإبَاءُ إلخ) الأنسبُ: وهو التَّفريقُ، كما يدُلُّ عليه قولُهُ: ((بمَنزلةِ تفريقِ القاضي)).

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٣) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧٠/ب.

(٤) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ باب نكاح القن ١/٢٩٦.

(٥) ((لأن الإباء)) ساقط من "الأصل".

وليستْ بعدَّةٍ لدخولِ غير المدخولِ بها (ولو أسلَمَ زَوْجُ الكتابيَّةِ) ولو مآلاً كما مرَّ...

"أبي يوسف" بغيرِ طلاقٍ؛ لأنَّها بسببِ الإباء حكماً وتقديراً، "بدائع"[1]. وبحَثَ في "البحر"[2]: ((أنَّه ينبغي [٣/ق١٠٠/ب] أنْ يقال: إنْ كان المسلمُ هو المرأةَ تكونُ فُرقةً بطلاقٍ؛ لأنَّ الآبيَ هو الزَّوجُ حكماً، والتَّفريقُ بإبائِهِ طلاقٌ عندهما، فكذا ما قام مَقامَهُ، وإنْ كان المسلمُ الزَّوجَ فهي فسخٌ)). ٢/٣٩٠

[١٢٦٠٤] (قولُهُ: وليسَتْ بعِدَّةٍ) أي: ليسَتْ هذه المدَّةُ عِدَّةً؛ لأنَّ غيرَ المدخولِ بها داخلةٌ تحت هذا الحكمِ، ولو كانَتْ عِدَّةً لاختَصَّ ذلك بالمدخولِ بها، وهل تجبُ العِدَّةُ بعدَ مُضيِّ هذه المدَّةِ؟ فإنْ كانت المرأةُ حربيَّةً فلا؛ لأنَّه لا عِدَّةَ على الحربيَّةِ، وإنْ كانَتْ هي المسلمةَ فخرَجَتْ إلينا فتَمَّت الحِيَضُ هنا فكذلك عند "أبي حنيفة" خلافاً لهما؛ لأنَّ المُهاجرةَ لا عِدَّةَ عليها عنده خلافاً لهما كما سيأتي[3]، "بدائع"[4] و"هداية"[5]. وجزَمَ "الطَّحاويُّ" بوجوبِها، قال في "البحر"[6]: ((وينبغي حملُهُ على اختيارِ قولِهما)).

[١٢٦٠٥] (قولُهُ: ولو أسلَمَ زَوْجُ الكتابيَّةِ) هذا محترزُ قولِهِ فيما مَرَّ: ((أو امرأةُ الكِتابيِّ)).

[١٢٦٠٦] (قولُهُ: كما مَرَّ[7]) أي: في قولِهِ: ((كما لو كانَتْ في الابتداءِ كذلك))، وأشار إلى أنَّ الذي صرَّحَ به فيما مَرَّ[8] يمكنُ انفِهامُهُ[9] من هنا، بأنْ يُرادَ بالكتابيَّةِ الكتابيَّةُ حالاً أو مآلاً.

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل في بيان ما يرفع النكاح ٢/٣٣٨.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٣) المقولة [١٢٦٢٢] قوله: ((ومن هاجرت إلينا إلخ)).

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: في بيان ما يرفع أحكام النكاح ٢/٣٣٦ـ٣٣٧.

(٥) "الهداية": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ١/٢٢٠ـ٢٢١.

(٦) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٨.

(٧) "در" صـ٦٣٠ـ.

(٨) "در" صـ٦٣٠ـ.

(٩) قال في "القاموس" مادة((فهم)): وانفهم: لحنٌ.

(فهي له).

(و) المرأةُ (تَبِيْنُ بتبايُنِ الدَّارين) حقيقةً وحكماً (لا) بـ(السَّبْيِ[١])، فلو خرَجَ) أحدُهما (إلينا مسلماً) أو ذمِّيّاً، أو أسلَمَ، أو صارَ ذا ذِمَّةٍ في دارنا..............

[١٢٦٠٧] (قولُهُ: فهي له) لأنَّه يجوزُ له التَّزوُّجُ بها ابتداءً، فالبقاءُ أَولى؛ لأنَّه أسهلُ، "نهر"[٢].

[١٢٦٠٨] (قولُهُ: حقيقةً وحكماً) المرادُ بالتَّبايُنِ حقيقةً تباعُدُهما شخصاً، وبالحكمِ أنْ لا يكونَ في الدَّارِ التي دخَلَها على سبيلِ الرُّجوعِ، بل على سبيلِ القَرارِ والسُّكنى، حتَّى لو دخَلَ الحربيُّ دارَنا بأمانٍ لم تَبِنْ زوجتُهُ؛ لأنَّه في دارِهِ حكماً إلاَّ إذا قَبِلَ الذِّمَّةَ، "نهر"[٣].

[١٢٦٠٩] (قولُهُ: لا بالسَّبْيِ) تنصيصٌ على خلافِ "الشَّافعيِّ"، فإنه عكَسَ وجعَلَ سببَ الفُرقةِ السَّبْيَ لا التَّبايُنَ، فتفرَّعَ أربعُ صورٍ: وِفاقيَّتان وخلافيَّتان[٤]، فقولُهُ: ((فلو خرَجَ أحدُهما إلخ)) وقولُهُ: ((وإنْ سُبِيا إلخ)) خلافيَّتان، وقولُهُ: ((أو أُخرِجَ مَسْبِيّاً)) وقولُهُ: ((أو خرَجا إلينا إلخ)) وِفاقيَّتان.

[١٢٦١٠] (قولُهُ: فلو خرَجَ أحدُهما إلخ) هذه خلافيَّةٌ لوجودِ التَّبايُنِ دون السَّبْيِ، قال في "البدائع"[٥]: ((ثمَّ إنْ كان الزَّوجُ هو الذي خرَجَ فلا عِدَّةَ عليها بلا خلافٍ؛ لأنَّها حربيَّةٌ، وإنْ كانَتْ هي فكذلك عنده خلافاً لهما)) اهـ.

وفي "الفتح"[٦]: ((لو كان الخارجُ هو الرَّجُلَ يَحِلُّ له عندنا التَّزوُّجُ بأربعٍ في الحالِ،

---

(١) في "د" زيادة: ((قوله: ولا بالسَّبي إلخ؛ لأنه يوجب ملك الرقبة، وهو لا ينافي النكاح ابتداءً، ولذا لو زوَّج أمته جاز فكذا انتهاءً. ولهذا لو كانت المسبية منكوحة مسلم أو ذميٍّ لا يبطل النكاح، كذا في "العناية"، "نهر")). ق١٧٠/ب.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/ب.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/ب، وفيه: ((الذمية)) بدل ((الذّمة))..

(٤) في "د" زيادة: ((ثنتان وفاقيتان، وثنتان خِلافيتان)). ق١٧٠/ب.

(٥) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل في بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢.

(٦) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٩٢/٣.

(أو أُخرِجَ مَسبيّاً) وأُدخِلَ في دارِنا (بانَتْ) بتبايُنِ الدَّارِ؛ إذ أهلُ الحربِ كالموتى، ولا نكاحَ بين حيٍّ وميتٍ.

(وإنْ سُبيا) أو خَرَجا إلينا (معاً) ذمِّيَّيْنِ أومسلمين، أو ثُمَّ أسلما أو صارا ذمِّيَّيْنِ (لا) تَبِيْنُ لعدمِ التَّبايُنِ، حتَّى لو كانت المَسْبيَّةُ منكوحةَ مسلمٍ أو ذمِّيٍّ لم تَبِنْ،.........

وبأختِ امرأتِهِ التي [٣/ق١٥١/أ] في دارِ الحربِ إذا كانَتْ في دار الإسلام)).

[١٢٦١١] (قولُهُ: أو أُخرِجَ) هذه وِفاقيَّةٌ لوجودِ التَّبايُنِ والسَّبْيِ.

[١٢٦١٢] (قولُهُ: وأُدخِلَ في دارِنا) أفادَ أنَّه لا يتحقَّقُ التَّبايُنُ بمجرَّدِ السَّبْيِ، بل لا بدَّ من الإحرازِ في دارِنا كما في "البدائع"(١).

[١٢٦١٣] (قولُهُ: كالموتى) ولهذا لو التَحَقَ بهم المرتدُّ يُجرَى عليه أحكامُ الموتى، "ط"(٢).

[١٢٦١٤] (قولُهُ: وإنْ سُبيا) هذه خِلافيَّةٌ، والتي بعدَها وِفاقيَّةٌ لعدمِ السَّبْيِ فيها.

[١٢٦١٥] (قولُهُ: أو ثُمَّ أَسْلَما) عبارة "البحر"(٣): ((أو مُستأمِنَين ثُمَّ أَسْلَما إلخ)) فـ((أو)) هنا عاطفةٌ لحالٍ محذوفةٍ على الحالِ السَّابقةِ، وهي قولُهُ: ((ذِمِّيَّين(٤)))، و((ثُمَّ)) عاطفةٌ لـ((أَسْلَما)) على تلك الحالِ المحذوفةِ.

[١٢٦١٦] (قولُهُ: حتَّى لو كانَتْ إلخ) تفريعٌ على اشتراطِ تبايُنِ الدَّارَينِ حقيقةً وحكماً.

[١٢٦١٧] (قولُهُ: لم تَبِنْ) لأنَّ الدَّارَ وإن اختَلَفَتْ حقيقةً لكنَّها مُتَّحِدةٌ حكماً؛ لأنَّ فَرْضَ

(قولُهُ: لأنَّ الدَّارَ وإنِ اختلَفَتْ حقيقةً لكنَّها مُتَّحِدةٌ حُكْماً إلخ) لكنَّ الاتِّحادَ الحُكْميَّ غيرُ ظاهرٍ

---

(١) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل في بيان ما يرفع حكم النكاح ٣٣٩/٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٤/٢.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٩/٣.

(٤) في "د" زيادة: ((أو مسلمين)). ق١٧٠/ب.

ولو نكَحَها ثَمَّةَ ثُمَّ خرَجَ قبلها بانَتْ، وإنْ خَرَجَتْ قبله لا، وما في "الفتح" عن "المحيط" تحريفٌ، "نهر"..

المسألةِ فيما إذا نكَحَها مسلمٌ أو ذِمِّيٌّ ثَمّة ثمّ سُبِيَتْ، ولا يمكنُ فرضُها فيما لو نكَحَها هنا؛ لأنّه لا يصحُّ؛ لأنَّ تبايُنَ الدَّارين يَمنَعُ بقاءَ النِّكاحِ، فيَمنَعُ ابتداءَهُ بالأَولى كما قاله "الرَّحمتيُّ"، ولو نكَحَها وهي هنا بأمانٍ صارَتْ ذِمِّيَّةً؛ لأنَّ المرأةَ تَبَعٌ لزَوجِها في المُقامِ كما في "الفتح"[(١)] من باب المُستأمِنِ، فافهم.

[١٢٦١٨] (قولُهُ: ولو نكَحَها) أي: المسلمُ أو الذِّمّيُّ.

[١٢٦١٩] (قولُهُ: بانَتْ) لتبايُنِ الدَّارَينِ حقيقةً وحكماً، "ط"[(٢)].

[١٢٦٢٠] (قولُهُ: وإنْ خَرَجَتْ قبلَهُ لا) أي: لا تَبِينُ؛ لأنَّ الزَّوجَ من أهلِ دارِ الإسلام، فإذا خَرَجَتْ قبلَهُ صارَتْ ذِمِّيَّةً لا تُمكَّنُ من العَوْدِ؛ لأنَّها تَبَعٌ لزوجِها في المُقامِ كما علمتَ، فافهم.

[١٢٦٢١] (قولُهُ: وما في "الفتح" إلخ) قال في "النَّهر"[(٣)]: ((وفي "المحيط": مسلمٌ تَزَوَّجَ حربيَّةً في دارِ الحرب، فخرَجَ بها رَجُلٌ إلى دارِ الإسلام بانَتْ من زوجِها بالتَّبايُنِ، فلو خَرَجَتْ بنفسِها

في الذِّمِّيِّ إذا نكَحَها ثَمَّةَ ثمَّ سُبِيَتْ؛ وذلك أنَّ الذِّمِّيَّ إذا رجَعَ إلى دارِ الحربِ انتقَضَ عهْدُهُ وصارَ مِن أهلِ الحربِ، فإذا سُبِيَتِ امرأتُهُ وُجِدَ تَحقُّقُ التَّبايُنِ حقيقةً وحُكْماً، ومسألةُ "الشَّارحِ" نقلَها في "النَّهر" عن "العِنَايةِ" حيثُ قال عند قوْلِ "الكَنْز": ((لا السَّبْيُ؛ لأنَّه يُوجِبُ مِلْكَ الرَّقَبَةِ، وهو لا يُنافِي مِلْكَ النِّكاحِ ابتداءً، ولذا لو زوَّجَ أَمَتَهُ جاز، فكذا بقاءً، ولهذا لو كانت المَسْبيَّةُ مَنْكُوحةَ مُسْلِمٍ أو ذِمِّيٍّ لا يَبْطُلُ النِّكاحُ، كذا في "العِنَايةِ")) اهـ. وتَصوُّرُ هذه المسألةِ بما إذا دَخَلَ الذِّمِّيُّ دارَ الحربِ لا على وجْهِ اللَّحاقِ بهِمْ، بل دخلَها للتِّجارةِ بأمانٍ منهُمْ مَعَ أَمْنِ عَوْدِهِ، فإنَّه لا يَمْنَعُ من ذلك، كما يأتي في بابِ المُستأمِنِ، ويكونُ بعد دُخُولِها مِن أهلِ دارِنا حُكْماً، فإذا تزوَّج ثَمَّةَ وسُبِيَتْ زوجَتُهُ لا تَبِيْنُ.

---

(١) "الفتح": كتاب السير ـ باب المستأمن ٥/٢٧٢.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٤.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/ب ـ ق١٩٥/أ.

....

قبل زوجِها لم تَبِنْ؛ لأنَّها صارَتْ من أهلِ دارِنا بالتِزامِها أحكامَ المسلمينَ؛ إذ لا تُمكَّنُ من العَوْدِ والزَّوجُ من أهلِ دارِ الإسلام، فلا تبايُنَ. قال في "الفتح"[(١)] بعدَ نقلِهِ ـ يريدُ: في الصُّورةِ الأُولى ـ: إذا أخرجَها الرَّجُلُ قَهْراً حتَّى ملَكَها؛ لتحقُّقِ التَّبايُنِ بينها وبين زوجِها حينئذٍ حقيقةً وحكماً، أمَّا حقيقةً فظاهرٌ، وأمَّا حكماً فلأنَّها في دارِ الحربِ حكماً وزوجُها في دار الإسلام، قال في [٣/ق١٥١/ب] "الحواشي السَّعديَّة"[(٢)]: وفي قولِهِ: وأمَّا حكماً[(٣)] إلخ بحثٌ اهـ. ولعلَّ وجهَهُ ما مَرَّ[(٤)] من أنَّ معنى الحكمِ أنْ لا يكونَ في الدَّارِ الَّتي دخَلَها على سبيلِ الرُّجوعِ بل على سبيلِ القرارِ، وهي هنا كذلك؛ إذ لا تُمكَّنُ من الرُّجوع، ثمَّ راجعتُ "المحيطَ الرَّضَويَّ" فإذا الذي فيه[(٥)]: مسلمٌ تَزوَّجَ حربيَّةً كتابيَّةً في دارِ الحرب، فخرَجَ عنها الزَّوجُ وحدَهُ بانَتْ، ولو خرَجَتِ المرأةُ قبلَ الزَّوجِ لم تَبِنْ، وعلَّلَهُ بما مَرَّ، وهذا لا غبارَ عليه. والظَّاهرُ أنَّ ما وقَعَ في نسخةِ صاحب "الفتح" تحريفٌ، والصَّوابُ ما أسمعتُكَ)) اهـ "ح"[(٦)].

قلت: وما نقَلَهُ في "النَّهر" عن "المحيط" ذكَرَ مثلَهُ في "كافي الحاكم الشَّهيد"، فالصَّوابُ في المسألةِ الأُولى التي نقَلَها في "الفتح" عن "المحيط" أنَّها لا تَبِينُ لاختلافِ الدَّارِ حقيقةً لا حكماً.

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٩٢.

(٢) "الحواشي السعدية": ٣/٢٩٣ (هامش "فتح القدير").

(٣) في "د" زيادة: ((فلأنها في دار الحرب حكماً. بحث، انتهى)). ق١٧٠/ب.

(٤) المقولة [١٢٦٠٨] قوله: ((حقيقة وحكماً)).

(٥) في "د" زيادة: ((ما لفظه)) ق١٧٠/ب.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧٠/ب ـ ق١٧١/أ.

(ومَن هاجَرَتْ إلينا) مسلمةً أو ذِمِّيَّةً (حائلاً بانَتْ بلا عِـدَّةٍ) فيَحِـلُّ تزوُّجُهـا، أمَّا الحاملُ فحتَّى تضعَ على الأظهرِ، لا للعِدَّةِ.........................

[١٢٦٢٢] (قولُهُ: ومَن هاجَرَتْ إلينا إلخ) المُهاجِرةُ: التَّاركةُ دارَ الحربِ إلى دارِ الإسلام على عَزْمِ عدمِ العَوْد، وذلك بأنْ تَخرُجَ مسلمةً أو ذِمِّيَّةً أو صارَتْ كذلـك، "بحر"[1]. وهـذه المسـألةُ داخلةٌ فيما قبلَها، لكنَّ ما مَرَّ[2] فيما إذا خرَجَ أحدُهما مُهاجراً وَقَعَتِ الفُرقـةُ بينهمـا، والمقصـودُ من هذه أنَّه إذا كانت المُهاجِرةُ المرأةَ ووَقَعَتِ الفُرقةُ فلا عِدَّةَ عليها عند "أبي حنيفةَ" سواءٌ كانت حاملاً أو حائلاً، فتُزَوَّجُ للحالِ إلاَّ الحاملَ، فتَتَربَّصُ لا على وجهِ العِدَّةِ، بل ليرتفعَ المانعُ بالوضعِ، وعندهما عليها العِدَّةُ، "فتح"[3].

٣٩١/٢

وبه يَظهَـرُ أنَّ تقييـد "المصنِّـف" بالحـائلِ ـ أي: غـيرِ الحُبْلـى ـ لا وجـهَ لـه، بخـلاف قـولِ "الكنز"[4]: ((وتُنكَحُ المُهاجِرَةُ الحائلُ بلا عِدَّةٍ))، فإنَّها للاحترازِ عن الحـاملِ كمـا علمـتَ، لكنَّـه يُوهِمُ أنَّ الحاملَ لها عِدَّةٌ كما تَوَهَّمَهُ "ابنُ ملكٍ" وغيرُهُ، وليس كذلك[5].

[١٢٦٢٣] (قولُهُ: على الأظهرِ) مُقابِلُهُ روايةُ "الحسن": أنَّه يصحُّ نكاحُها قبلَ الوضـعِ، لكـنْ لا يَقرَبُها زوجُها حتَّى تضعَ كالحُبْلى من الزِّنا، ورَجَّحَها "الأقطـعُ"، لكـنَّ الأُولى ظـاهرُ الرِّوايـة، "نهر"[6]. وصحَّحَها الشَّارحون، وعليها الأكثرُ، "بحر"[7].

[١٢٦٢٤] (قولُهُ: لا للعِدَّةِ) نفيٌ لقولِهما ولِما تَوَهَّمَهُ "ابنُ ملكٍ" وغيرُهُ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٩/٣.

(٢) المقولة [١٢٦٠٤] قوله: ((وليست بعدة)).

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٩٥/٣ بتصرف.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام نكاح الكافر ١٦٥/١.

(٥) في "د" زيادة: ((فالصواب للمصنِّف إبدال قوله: (بانت) بـ(زوجت) لما قلنا، ولئـلاً يحصـل التكـرار فإنَّهـا داخلـةٌ تحت قوله: (فلو خرج أحدهما إلينا مسلماً أو أخرج مسْبيّاً بانت)) ق١٧٠/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/أ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣ بتصرف.

بل لشُغْلِ الرَّحِمِ بحقِّ الغيرِ.

(وارتدادُ أحدِهما) أي: الزَّوجين (فسخٌ)..............................

[١٢٦٢٥] (قولُهُ: بل لشُغْلِ الرَّحِمِ بحقِّ الغيرِ) أفادَ به الفَرْقَ بينها وبين الحاملِ من الزِّنا، فإنَّ هذه حَمْلُها ثابتُ النَّسَبِ، فيُؤثِّرُ في منعِ العَقْدِ احتياطاً؛ لئلاَّ يقعَ الجمعُ بين الفراشين، وهو ممتنعٌ بمنزلةِ [٣/ق١٥٢/أ] الجمعِ وَطْئاً كما في "الفتح"[١] بخلافِ الحاملِ من الزِّنا، فإنَّ ماءَ الزِّنا لا حرمةَ له، وليس فيه حقُّ الغيرِ، فلذا صَحَّ نكاحُها، فافهم.

[١٢٦٢٦] (قولُهُ: فسخٌ) أي: عند "الإمام" بخلافِ الإباءِ عن الإسلام، وسَوَّى "محمَّدٌ" بينهما بأنَّ كُلاًّ منهما طلاقٌ، و"أبو يوسف" بأنَّ كُلاًّ منهما فسخٌ، وفَرَّقَ "الإمامُ" بأنَّ الرِّدَّةَ مُنافِيةٌ للنِّكاحِ لمنافاتِها العِصْمَةَ، والطَّلاقُ يَستدعِي قيامَ النِّكاحِ، فتعذَّرَ جَعْلُها طلاقاً، وتمامُهُ في "النَّهر"[٢]. قال في "الفتح"[٣]: ((ويقعُ طلاقُ زوجِ المُرتدَّةِ عليها ما دامَتْ في العِدَّةِ؛ لأنَّ الحُرمةَ بالرِّدَّةِ غيرُ مُتأبِّدةٍ، فإنَّها ترتفعُ بالإسلامِ، فيقعُ طلاقُهُ عليها في العِدَّةِ مُستتبعاً فائدتَهُ من حُرمتِها عليه بعدَ الثَّلاثِ حرمةً مُغيّاةً بوطءِ زوجٍ آخرَ بخلاف حُرمة المَحرَمِيَّةِ، فإنَّها مُتأبِّدةٌ لا غايةَ لها، فلا يُفيدُ لُحوقُ الطَّلاقِ فائدةً)) اهـ.

قلت: وهذا إذا لم تَلحَقْ بدارِ الحرب، ففي "الخانيَّة"[٤] قبيل الكناياتِ: ((المرتدُّ إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ فطَلَّقَ امرأتَهُ لا يقعُ، وإنْ عادَ مسلماً وهي في العِدَّةِ فطَلَّقَها يقعُ، والمُرتدَّةُ إذا لَحِقَتْ

(قولُهُ: لمُنافاتِها العِصْمَةَ) لنفسِهِ ومالِهِ.

(قولُهُ: المُرْتدُّ إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ فطَلَّقَ امرأتَهُ لا يَقَعُ إلخ) هكذا عبارةُ "الخانيَّة"، وفي "حاشية

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٩٦.

(٢) انظر "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/أ.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٩٠ باختصار.

(٤) "الخانية": كتاب الطلاق ١/٤٦٧ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

فلا يَنقُصُ عدداً (عاجلٌ) بلا قضاءٍ (فلِلموطوءَةِ) ولو حكماً (كلُّ مهرِها) لتأكُّدِهِ به (ولغيرِها نصفُهُ[1]) لو مُسمًّى..................................

فطَلَّقَها زوجُها ثمَّ عادَتْ مُسلِمةً قبلَ الحيضِ فعنده لا يقعُ، وعندهما يقعُ)).

[١٢٦٢٧] (قولُهُ: فلا يَنقُصُ عَدَداً) فلو ارتَدَّ مِراراً وجَدَّدَ الإسلامَ في كلِّ مرَّةٍ وجدَّدَ النِّكاحَ على قول "أبي حنيفة" تَحِلُّ امرأتُهُ من غيرِ إصابةِ زوجٍ ثانٍ، "بحر"[2] عن "الخانيَّة".

[١٢٦٢٨] (قولُهُ: بلا قضاءٍ) أي: بلا توقُّفٍ على قضاءِ القاضي، وكذا بلا توقُّفٍ على مُضِيِّ عِدَّةٍ في المدخولِ بها كما في "البحر"[3].

[١٢٦٢٩] (قولُهُ: ولو حكماً) أرادَ به الخلوةَ الصَّحيحةَ، "ح"[4].

[١٢٦٣٠] (قولُهُ: كلُّ مهرِها) أطلَقَهُ فشَمِلَ ارتدادَهُ وارتدادَها، "بحر"[5].

[١٢٦٣١] (قولُهُ: لتأكُّدِهِ) أي: تأكُّدِ تمامِ المهرِ ((بهِ))، أي: بالوطءِ الحقيقيِّ أو الحكميِّ.

البحر" عن "البدائع": ((وإذا ارتدَّ ولَحِقَ بدارِ الحربِ وطلَّقها في العِدَّةِ لم يقَع لانقطاعِ العِصْمَةِ، فإنْ عاد إلى دارِ الإسلامِ وهي في العِدَّةِ وَقَعَ، وإذا ارتدَّتْ ولَحِقَتْ لَم يقَعْ عليها طلاقُهُ، فإنْ عادَتْ بعد الطَّلاقِ لَم يقَعْ كذلك عند "أبي حنيفة"؛ لبُطْلانِ العِدَّةِ باللَّحَاقِ ثمَّ لا تعودُ، بخلافِ المُرْتَدِّ)) اهـ.

---

(١) في "د" و"و": ((النصف)).

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣١.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٠.

(٤) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/أ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٢.

أو المُتعةُ (لو ارتَدَّ) وعليه نفقةُ العِدَّةِ (ولا شيءَ) من المهرِ والنَّفقةِ سوى السُّكْنى، به يُفتَى

[١٢٦٣٢] (قولُهُ: أو المُتعةُ) أي: إنْ لم يكن مُسمًّى.

[١٢٦٣٣] (قولُهُ: لو ارتَدَّ) قيدٌ في قولِهِ: ((ولغيرِها النِّصفُ إلخ)).

[١٢٦٣٤] (قولُهُ: وعليه نفقةُ العِدَّةِ) أي: لو مدخولاً بها؛ إذ غيرُها لا عِدَّةَ عليها. وأفاد وجوبَ العِدَّةِ ـ سواءٌ ارتَدَّ أو ارتَدَّتْ ـ بالحيضِ، أو بالأشهرِ لو صغيرةً أو آيسةً، أو بوضعِ الحَمْلِ كما في "البحر"(١).

[١٢٦٣٥] (قولُهُ: ولا شيءَ من المهرِ) أي: في غيرِ المدخولِ بها؛ لأنَّها محلُّ التَّفصيلِ بقولِهِ: ((لو ارتَدَّ)) وقولِهِ: ((لو ارتَدَّتْ)).

[١٢٦٣٦] (قولُهُ: والنَّفقةِ) قد علمتَ أنَّ الكلامَ في غيرِ المدخولِ [٣/ق١٥٢/ب] بها، وهذه لا نفقةَ لها لعدمِ العِدَّةِ، لا لكونِ الرِّدَّةِ منها، لكنَّ المدخولَ بها كذلك لا نفقةَ لها لو ارتَدَّتْ، ولذا قال في "البحر"(٢): ((وحكمُ نفقةِ العِدَّةِ كحكمِ المهرِ قبلَ الدُّخولِ، فإنْ كان هو المُرتَدَّ فلها نفقةُ العِدَّةِ، وإن ارتَدَّتْ فلا نفقةَ لها)).

[١٢٦٣٧] (قولُهُ: سوى السُّكْنى) فلا تسقطُ سُكْنى المدخولِ بها في العِدَّةِ؛ لأنَّها حقُّ الشَّرعِ بخلافِ نفقةِ العِدَّةِ، ولذا صَحَّ الخُلعُ على النَّفقةِ دونَ السُّكْنى.

والظَّاهرُ: أنَّ هذا مفروضٌ فيما لو أسلَمَتْ، وإلاَّ فالمُرتدَّةُ تُحبَسُ حتَّى تعودَ، وسيأتي(٣) أنَّ المحبوسةَ كالخارجةِ بلا إذنِهِ، ولا نفقةَ لها ولا سُكْنى.

(قولُهُ: والظَّاهرُ: أنَّ هذا مَفروضٌ فيما لو أسلَمَتْ إلخ) بل الظَّاهرُ أنَّها تَستحِقُّ السُّكْنى أسلَمَتْ أوْ لا، إلاَّ إذا حُبِسَتْ.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٢.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٢.

(٣) المقولة [١٢٧١٣] قوله: ((رجعية)).

(لو ارتَدَّتْ) لمجيءِ الفُرقةِ منها قبلَ تأكُّدِهِ، ولو ماتَتْ في العِدَّةِ وَرِثَها زوجُها المسلمُ استحساناً، وصرَّحُوا بتعزيرِها خمسةً وسبعين،........................

[١٢٦٣٨] (قولُهُ: لو ارتَدَّتْ) أطلَقَهُ فشَمِلَ الحُرَّةَ، والأَمَةَ، والصَّغيرةَ، والكبيرةَ، "بحر"(١).

[١٢٦٣٩] (قولُهُ: قبلَ تأكُّدِهِ) أي: المهرِ، فإنَّه يتأكَّدُ بالموتِ أو الدُّخولِ ولو حكماً.

[١٢٦٤٠] (قولُهُ: وَرِثَها زوجُها استحساناً) هذا إذا ارتَدَّتْ وهي مريضةٌ ثمَّ ماتَتْ أو لَحِقَتْ بدارِ الحربِ بخلافِ رِدَّتِها في الصِّحَّةِ، وبخلافِ ما لو ارتَدَّ هو، فإنَّها تَرِثُهُ مطلقاً إذا ماتَ أو لَحِقَ وهي في العِدَّةِ كما في "الخانيَّة"(٢) من فصل المُعتدَّة التي تَرِثُ، وسيذكرُهُ(٣) "المصنِّفُ" أيضاً في طلاقِ المريض. ووجهُهُ أنَّ رِدَّتَهُ في معنى مرضِ الموت؛ لأنَّه إنْ لم يُسلِمْ يُقتَلُ، فيكونُ فارّاً فتَرِثُهُ مُطْلَقاً، أمَّا المرأةُ فلا تُقتَلُ بالرِّدَّةِ، فلم تكن فارَّةً إلاَّ إذا كانَتْ رِدَّتُها في المرض.

[١٢٦٤١] (قولُهُ: وصرَّحُوا بتعزيرِها خمسةً وسبعين) هو اختيارٌ لقولِ "أبي يوسف"، فإنَّ نهايةَ تعزيرِ الحُرِّ عنده خمسةٌ وسبعون، وعندهما تسعةٌ وثلاثون، قال في "الحاوي القدسيِّ"(٤): ((وبقولِ "أبي يوسف" نأخذُ))، قال في "البحر"(٥): ((فعلى هذا المُعتمَدُ في نهايةِ التَّعزيرِ قولُ

(قولُهُ: إلاَّ إذا كانَتْ رِدَّتُها في المَرَضِ) لأنَّه تَبيَّنَ أنَّ قصْدَها الفِرارُ، والقِياسُ أنْ لا يَرِثَها لعَدَمِ جَرَيانِه بين مُسلِمٍ وكافرٍ كما يأتي في طلاقِ المريضِ.

(قولُهُ: المُعْتمدُ في نهايةِ التَّعزيرِ قوْلُ "أبي يوسف" إلخ) سيأتي له في باب التَّعزيرِ تصحيحُ قولِهِما أنَّ أكثَرَهُ تِسعةٌ وثلاثون؛ حيثُ قال: ((وفي "الحاوي": قال "أبو يوسف": أكثرُهُ في العَبْدِ تِسعةٌ وثلاثون سَوْطاً، وفي الحُرِّ خمسةٌ وسبعون سَوْطاً، وبه نأخُذُ)) اهـ. فعُلِمَ أنَّ الأصَحَّ قوْلُ "أبي يوسف" "بحر".

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٢.

(٢) "الخانية": كتاب الطلاق ـ باب العدة ١/٥٥٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [١٤١٨٤] قوله: ((ورثها)).

(٤) "الحاوي القدسي": كتاب الحدود ـ باب حد التعزير ق١٥٥/أ.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٠.

وتُجبَرُ على الإسلامِ وعلى تجديدِ النِّكاحِ زجراً لها بمهرٍ يسيرٍ كدينارٍ، وعليه الفتوى، "ولوالجيَّة"[1]. وأفتى مشايخُ بَلْخٍ بعدمِ الفُرقةِ بردَّتِها زجراً وتيسيراً، لا سيَّما التي تقعُ في المكفِّر ثمَّ تُنكِرُ،........................

"أبي يوسف"، سواءٌ كان في تعزيرِ المرتدَّةِ أوْ لا)).

[١٢٦٤٢] (قولُهُ: وتُجبَرُ) أي: بالحبسِ إلى أنْ تُسلِمَ أو تَموتَ.

٢/٣٩٢ [١٢٦٤٣] (قولُهُ: وعلى تجديدِ النِّكاحِ) فلكُلِّ قاضٍ أنْ يُجدِّدَهُ بمهرٍ يسيرٍ ولو بدينارٍ رَضِيَتْ أم لا، وتُمنَعُ من التَّزوُّجِ بغيرِهِ بعدَ إسلامها، ولا يخفى أنَّ محلَّهُ ما إذا طلَبَ الزَّوجُ ذلك، أمَّا لو سكَتَ أو ترَكَهُ صريحاً فإنَّها لا تُجبَرُ وتُزوَّجُ من غيرِهِ؛ لأنَّه ترَكَ حقَّهُ، "بحر"[2] و"نهر"[3].

[١٢٦٤٤] (قولُهُ: زَجْراً لها) عبارةُ "البحر"[4]: ((حَسْماً لبابِ المعصيةِ والحِيْلَةِ للخَلاصِ منه)) اهـ.

ولا يَلزَمُ من هذا أنْ يكون الجَبْرُ على تجديدِ النِّكاحِ مقصوراً على ما إذا ارتَدَّتْ [٣/ق١٥٣/أ]

قلتُ: يُحتمَلُ أنَّ قولَه: ((وبه نأخُذُ)) ترجيحٌ للرِّوايةِ الثَّانيةِ عن "أبي يوسف" على الرِّوايةِ الأُوْلى يعني: وهي تنقيصُ سَوْطٍ؛ لكونِ الثَّانيةِ ظاهرُ الرِّوايةِ عنه، ولا يلزَمُ من هذا ترجيحُ قولِهِ على قولِهما الَّذي عليه مُتُونُ المذهَبِ مع نقْلِ العلاَّمةِ "قاسم" تصحيحَهُ عن الأئمَّة اهـ. وأيضاً عند اختلافِ التَّصحيحِ يُرْجَعُ لِمَا في المُتُونِ.

(قولُهُ: ولا يَلزَمُ من هذا أنْ يكونَ الجَبْرُ على تجديدِ النِّكاحِ مَقصُوراً إلخ) لكنْ ما نقلَهُ "ط" عن "الهنديَّة" بقولِهِ: ((لو أجْرَتْ كلمةَ الكُفْرِ مُغَايَظةً لِزوْجِها أو إخراجهَا نفْسَها عن حالَتِهِ أو استيجابِ المهْرِ عليه بنكاحٍ مُسْتَأنَفٍ تَحرمُ على زَوْجِها، ولكلِّ قاضٍ أنْ يُجدِّدَ النِّكاحَ بأدْنَى شَيْءٍ إلخ)) ظاهرُهُ التَّقييدُ، وأنَّها لو ارتدَّتْ جهْلاً لا تُعطَى هذا الحُكْمَ، كما قاله "ط"، تأمَّل.

---

(١) "الولوالجية": كتاب الطلاق ـ الفصل الثامن في المسائل المتفرقة ق٨٢/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٠.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/أ.

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٠.

قال في "النَّهر": ((والإفتاءُ بهذا أَولى من الإفتاء بما في "النَّوادر"))، لكنْ[1] قال "المصنِّفُ"[2]: ((ومَن تصفَّحَ[3] أحوالَ نساءِ زماننا وما يقعُ منهنَّ مِن مُوجِباتِ الرِّدَّةِ مُكرَّراً في كلِّ يومٍ لم يَتوقَّفْ في الإفتاءِ بروايةِ "النَّوادر"))..................

لأَجْلِ الخَلاصِ منه، بل قالوا ذلك سَدّاً لهذا البابِ من أصلِهِ، سواءٌ تعمَّدَتِ الحِيْلَةَ أم لا كيلا تَجعَلَ ذلك حِيْلةً.

[١٢٦٤٥] (قولُهُ: قال في "النَّهر"[4] إلخ) عبارتُهُ: ((ولا يخفى أنَّ الإفتاءَ بما اختارَهُ بعضُ أئمَّةِ بلخٍ أَولى من الإفتاءِ بما في "النَّوادر"، ولقد شاهدنا من المَشَاقِّ في تجديدِها فضلاً عن جَبْرِها بالضَّربِ ونحوِهِ ما لا يُعَدُّ ولا يُحَدُّ، وقد كان بعضُ مشايخنا من علماءِ العَجَمِ ابتُلِيَ بامرأةٍ تقعُ فيما يُوجِبُ الكفرَ كثيراً ثمَّ تُنكِرُ، وعن التَّجديدِ تَأبَى، ومن القواعدِ: المَشَقَّةُ تَجلِبُ التَّيسيرَ، والله الميسِّرُ لكلِّ عسيرٍ)) اهـ.

قلت: المَشَقَّةُ في التَّجديدِ لا تقتضي أنْ يكون قولُ أئمَّةِ بلخٍ أَولى مما في "النَّوادر"، بل أَولى مما مَرَّ[5] أنَّ عليه الفتوى، وهو قولُ البُخاريِّينَ؛ لأنَّ ما في "النَّوادر" هو ما يأتي[6] من أنَّها بالرِّدَّةِ تُستَرَقُّ، تأمَّل.

(قولُهُ: من أنَّها بالرِّدَّةِ تُسْتَرَقُّ، تأمَّل) قد يقالُ: الإفتاءُ بقَوْلِ أئمَّةِ بَلْخ أَوْلى من الإفتاءِ بروايةِ "النَّوادر"؛ لأنَّ فيها مَشقَّةَ الشِّراءِ من الإمامِ بعد الاستِرْقاق، أو طَلَبَ صَرْفِها إليه مع أنَّه قد لا يَصْرِفُها، وإذا كان أَوْلى ممَّا في "النَّوادر" يكونُ أَوْلى من قوْلِ البُخاريِّين؛ لِمَا فيه من زيادةِ المَشقَّةِ، لكنْ يُنظَرُ على قوْلِ البَلْخِيِّين القائلينَ بعدَمِ الفُرْقةِ: هل يُباحُ الوَطْءُ مع الرِّدَّةِ أو لا؟ والظَّاهرُ لا.

---

(١) من ((قال في النهر)) إلى ((لكن)) ساقط من "ط".

(٢) "المنح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ١/ق ١٣٢/أ بتصرف يسير.

(٣) ((تصفح)) ساقطة من "ط".

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/أ بتصرف.

(٥) "در" صـ٦٤٨ـ.

(٦) المقولة [١٢٦٤٧] قوله: ((والفتح)).

قلت: وقد بُسِطَتْ في "القنية"[1] و"المجتبى" و"الفتح" و"البحر"[2]،وحاصلُها: ((أنَّها بالرِّدَّةِ تُستَرَقُّ، وتكونُ فيئاً للمسلمين عند "أبي حنيفة" رحمه الله تعالى، ويَشترِيها الزَّوجُ من الإمامِ، أو يَصرِفُها إليه لو مَصرِفاً،.........................

[١٢٦٤٦] (قولُهُ: وقد بُسِطَتْ) أي: روايةُ "النَّوادر".

[١٢٦٤٧] (قولُهُ: و"الفتحِ"[3]) فيه أنَّه لم يَزِدْ على قولِهِ: ((ولا تُستَرَقُّ المُرتدَّةُ ما دامَتْ في دارِ الإسلام في ظاهرِ الرِّواية، وفي روايةِ "النَّوادر" عن "أبي حنيفة" تُستَرَقُّ)) اهـ، ثمَّ رأيتُ صاحب "الفتح"[4] بسَطَ ذلك في بابِ المرتدِّ[5].

[١٢٦٤٨] (قولُهُ: وحاصلُها إلخ) قال في "القنية"[6] بعد ما مَرَّ[7] عن "الفتح": ((ولو كان الزَّوجُ عالِماً استَولَى عليها بعدَ الرِّدَّةِ تكونُ فَيْئاً للمسلمين عند "أبي حنيفة"، ثمَّ يَشترِيها من الإمام أو يَصرِفُها إليه إنْ كان مَصرِفاً، فلو أفتى مُفْتٍ بهذه الرِّوايةِ حَسْماً لهذا الأمرِ لا بأس به)) اهـ.

قال في "البحر"[8]: ((وهكذا في "خزانة الفتاوى"، ونقَلَ قولَهُ: فلو أفتى مُفْتٍ إلخ عن شمسِ الأئمَّةِ "السَّرخسيِّ")) اهـ.

قلتُ: ومقتضى قولِهِ: ((ثمَّ يَشترِيها إلخ)) أنَّه إنْ كان مَصرِفاً لا يَملِكُها بمجرَّدِ الاستيلاءِ

(قولُهُ: ومُقْتضى قولِهِ: ثمَّ يَشتَرِيها إلخ أنَّه إنْ كان مَصْرِفاً إلخ) جعَلَ "السِّنْدِيُّ" ضميرَ يَصْرِفُها الواقعَ في "الشَّارحِ" راجعاً للزَّوجِ، وقال: ((قوله: أو يَشْتَرِيها الزَّوجُ من الإمامِ أي: إنْ لَم يكُنْ مَصْرِفاً بدليلِ المُقابَلَةِ في قولِهِ: أو يَصْرِفُها إليه))، والحقُّ ما سَلَكَهُ "السِّنْدِيُّ" لِمَا تقدَّمَ قُبَيلَ بابِ استيلاءِ الكُفَّارِ: أنَّ مَن له استحقاقٌ في بيتِ المالِ إذا ظَفِرَ بشيءٍ من مالِهِ فله أنْ يأخُذَه ويتملَّكَهُ لنفسِهِ، فليُنظَرْ.

---

(١) "القنية": كتاب النكاح ـ باب نكاح المرتدة والكفار ق٣٥/ب.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣٠/٣.

(٣) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٩٧/٣.

(٤) "الفتح": كتاب السير ٣١٠/٥.

(٥) من ((ثم رأيت)) إلى ((باب المرتد)) ساقط من "الأصل".

(٦) "القنية": كتاب النكاح ـ باب نكاح المرتدة والكفار ق٣٥/ب.

(٧) في المقولة السابقة.

(٨) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣١/٣.

ولو استولى عليها الزَّوجُ بعدَ الرِّدَّةِ ملَكَها، وله بَيْعُها ما لم تكن وَلَدَتْ منه، فتكونُ كأمِّ الولدِ)).

ونقَلَ "المصنِّفُ" في كتاب الغصب[1]: ((أنَّ "عمر" ﷺ هجَمَ على نائحةٍ فضَرَبَها

عليها، وقولُهُ: ((تكونُ فَيْئاً)) قال "ط"[2]: ((ظاهرُهُ: ولو أسلَمَتْ بعدَهُ؛ لأنَّ إسلامَ الرَّقيقِ لا يُخرِجُهُ عن الرِّقِّ)) اهـ.

[١٢٦٤٩] (قولُهُ: ولو استَولَى عليها الزَّوجُ) فيه اختصارٌ مُخِلٌّ، وعبارةُ "القنية"[3] بعدَ ما تقدَّمَ: ((قلت: وفي زمانِنا بعدَ فتنةِ التَّترِ العامَّةِ صارَتْ هذه الوِلاياتُ التي غَلَبُوا عليها وأَجْرَوا أحكامَهم فيها كخُوارزمَ وما وراءَ النَّهرِ وخراسانَ ونحوِها صارَتْ دارَ الحربِ في الظَّاهر، فلو استَولَى عليها الزَّوجُ بعدَ الرِّدَّة يَملِكُها، [٣/ق١٥٣/ب] ولا يَحتاجُ إلى شرائِها من الإمام، فيُفتَى بحكمِ الرِّقِّ حَسْماً لكَيْدِ الجَهَلةِ ومَكْرِ المَكَرةِ على ما أشار إليه في "السِّيَر الكبير"[4])) اهـ.

فقولُهُ: ((يَملِكُها إلخ)) مبنيٌّ على ظاهرِ الرِّوايةِ من أنَّها لا تُستَرَقُّ ما دامَتْ في دارِ الإسلام، ولا حاجةَ إلى الإفتاءِ بروايةِ النَّوادرِ؛ لِما ذكَرَهُ من صيرورةِ دارِهم دارَ حربٍ في زمانِهم، فيَملِكُها بمجرَّدِ الاستيلاءِ عليها؛ لأنَّها ليسَتْ في دارِ الإسلام، فافهم.

[١٢٦٥٠] (قولُهُ: وله بَيْعُها إلخ) ذكَرَهُ في "البحر"[5] بحثاً أخذاً من قول "القنية": ((يَملِكُها))،

(قولُهُ: فقولُهُ يَمْلِكُها إلخ مَبنيٌّ على ظاهرِ الرِّوايةِ مِن أنَّها لا تُسْتَرقُّ إلخ) فيه أنَّه بصَيْرورَةِ دارِهِم دارَ حربٍ لا يَمْلِكُها بالاستيلاءِ عليها على ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لعدَمِ الإحْرازِ بدارِ الإسلامِ، والمِلْكُ لا يَتأتَّى بدُونِهِ عليها بل على روايةِ "النَّوادِر".

---

(١) "المنح": فصل في بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب ٣/ق ٤١/ب بتصرف يسير.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٥.

(٣) "القنية": كتاب النكاح ـ باب نكاح المرتدة والكفار ق٣٥/ب.

(٤) "السير الكبير": باب من يكون آمناً من غير أن يؤمنه أهل الإسلام ٢/٥٤٧.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣١ بتصرف.

بالدِّرَّةِ حتَّى سقَطَ خمارُها، فقيل له: يا أمير المؤمنين، قد سقَطَ خمارُها! فقال: إنَّها لا حرمةَ لها))[١]، ومن هنا قال الفقيهُ "أبو بكرٍ البَلْخيُّ" حين مَرَّ بنساءٍ على شَطِّ نهرٍ كاشفاتِ الرُّؤوسِ والذِّراعِ، فقيل له: كيف تَمُرُّ؟! فقال: لا حرمةَ لهنَّ، إنما الشَّكُّ في إيمانِهنَّ، كأنَّهنَّ حَرْبيَّاتٌ.........................

واستشهَدَ لقولِهِ: ((ما لم تكن إلخ)) بما في "الخانيَّة"[٢]: ((لو لَحِقَتْ أمُّ الولدِ بعدَ ارتدادِها بدارِ الحربِ، ثمَّ سُبِيَتْ وملَكَها الزَّوجُ[٣] يَعُودُ كونُها أمَّ ولدِهِ، وأُمُوميَّةُ[٤] الولدِ تتكرَّرُ بتكرارِ المِلكِ)) اهـ.

[١٢٦٥١] (قولُهُ: بالدِّرَّةِ) بالكسرِ: السَّوْطُ، والجمعُ دِرَرٌ، مثلُ: سِدْرةٍ وسِدَرٍ، "مصباح"[٥].

[١٢٦٥٢] (قولُهُ: والذِّراعِ) ((أل)) للجنسِ، والمناسبُ لِما قبلَهُ: الأَذرُعِ بالجمعِ، "ط"[٦].

[١٢٦٥٣] (قولُهُ: فقال) تأكيدٌ لـ((قال)) الأوَّلِ، "ط"[٧]. والدَّاعي إليه طولُ الفاصلِ.

[١٢٦٥٤] (قولُهُ: كأنَّهنَّ حَرْبيّاتٌ) أي: فهُنَّ فَيْءٌ مملوكاتٌ، والرَّأسُ والذِّراعُ ليس بعَوْرةٍ من الرَّقيقِ، ووجهُ الأخذِ من قولِ "عمرَ" رضي الله تعالى عنه: أنَّه إذا سَقَطَتْ حرمةُ النَّائحةِ تَسقُطُ حرمةُ هؤلاءِ الكاشفاتِ رؤوسَهنَّ في مَمَرِّ الأجانبِ؛ لِما ظَهَرَ له من حالِهنَّ أنَّهنَّ مُستخِفّاتٌ مُستهيناتٌ، وهذا سببٌ مُسقِطٌ لحرمتِهنَّ، فافهم.

ثمَّ اعلم أنَّه إذا وَصَلْنَ إلى حالِ الكفرِ وصِرْنَ مُرتدّاتٍ فحُكمُهُنَّ ما مَرَّ[٨] من أنَّهن لا يُملَكْنَ ما دُمْنَ في دارِ الإسلام على ظاهرِ الرِّوايةِ، وأمَّا ما مَرَّ[٩] من أنَّه لا بأسَ من الإفتاءِ بما في "النَّوادر"

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٦٨١)، وذكره القرطبي في "تفسيره" ١٨/٧٥.

(٢) "الخانية": كتاب الطلاق ـ فصل في الاستيلاء ١/٥٧٠ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) عبارة "الخانية": كما في "البحر": ((السيد)) بدل ((الزوج))، والذي في نسخة "الخانية" التي بين أيدينا: ((المولى)).

(٤) الذي في نسخة "البحر": ((أمية)) بدل ((أمومية)) ولعله تحريف.

(٥) "المصباح": مادة((دَرَّ)).

(٦) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٥ بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله تعالى.

(٧) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٥ وعبارته: ((تكرار مع قال الأولى)).

(٨) المقولة [١٢٦٤٧] قوله: ((والفتح)).

(٩) المقولة [١٢٦٤٨] قوله: ((وحاصلها إلخ)).

(وبقيَ النّكاحُ إنِ ارتَدّا معاً)...

من جوازِ استرقاقِهنَّ فذا بالنِّسبةِ إلى رِدَّةِ الزَّوجةِ للضَّرورةِ لا مطلقاً؛ إذ لا ضرورةَ في غيرِ الزَّوجةِ إلى الإفتاءِ بالرِّوايةِ الضَّعيفةِ، ولا يَلزَمُ من سقوطِ الحرمةِ وجوازِ النَّظَرِ إليهنَّ جوازُ تَملُّكِهِنَّ في دارِنا؛ لأنَّ غايتَهُ أنَّهنَّ صِرْنَ فَيْئاً، ولا يَلزَمُ من جوازِ النَّظرِ إليهنَّ جوازُ الاستيلاءِ والتَّمتُّعِ بهنَّ وطئاً وغيرَهُ؛ لأنَّه يجوزُ النَّظرُ إلى مملوكةِ الغيرِ، ولا يجوزُ وطئُها بلا عَقْدِ نكاحٍ.

وبهذا ظهَرَ غَلَطُ مَن يَنسِبُ نفسَهُ إلى العِلمِ في زمانِنا في زعمِهِ الباطلِ أنَّ الزَّانياتِ اللاتي يَظهَرْنَ في الأسواقِ بلا احتِشامٍ يجوزُ وطئُهنَّ بحكمِ الاستيلاءِ، فإنَّه غلطٌ قبيحٌ [٣/ق١٥٤/ب] يكادُ أنْ يكونَ كفراً، حيث يؤدِّي إلى استباحةِ الزِّنا، ولا حولَ ولا قوَّةَ إلاَّ بالله العليِّ العظيم.

(فروعٌ)

في "البحر"[١] عن "الخانيَّة"[٢]: ((غابَ عن امرأتِهِ قبلَ الدُّخولِ بها، فأخبَرَهُ بردَّتِها مُخبِرٌ ولو مملوكاً أو محدوداً في قذفٍ وهو ثِقَةٌ عنده، أو غيرُ ثِقَةٍ لكنَّ أكبرَ رأيِهِ أنَّه صادقٌ له التَّزوُّجُ بأربعٍ سواها، وإنْ أُخبِرَتْ بردَّةِ زَوجِها لها التَّزوُّجُ بآخرَ بعدَ العِدَّةِ في روايةِ الاستحسانِ، قال "السَّرخسيُّ": وهي الأصحُّ)).

٣٩٣/٢

[١٢٦٥٥] (قولُهُ: إنِ ارتَدّا معاً) المسألةُ مُقيَّدةٌ بما إذا لم يَلحَقْ أحدُهما بدارِ الحربِ، فإنْ لَحِقَ بانَتْ، وكأنَّه استغنَى عنه بما قدَّمَهُ[٣]: من أنَّ تبايُنَ الدَّارينِ سببُ الفُرقةِ، "نهر"[٤].

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣١/٣ بتصرف.

(٢) "الخانية": كتاب السير ـ باب الردة وأحكام أهلها ٥٨٣/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "در" صـ٦٣٤ـ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق ١٩٥/ب.

بأن: لم يُعلَم السَّبْقُ، فيُجعَلُ كالغرقى (ثمَّ أسلَمَا كذلك) استحساناً[١] (وفسَدَ إنْ أسلَمَ أحدُهما قبل الآخرِ) ولا مهرَ قبل الدُّخولِ...

[١٢٦٥٦] (قولُهُ: بأنْ لم يُعلَمِ السَّبقُ) أمَّا المعيَّةُ الحقيقيَّةُ فمُتعذِّرةٌ، وما في "البحر"[٢]: ((هي ما لو عُلِمَ أنَّهما ارتَدَّا بكلمةٍ واحدةٍ)) ففيه بُعدٌ ظاهرٌ، نعم ارتِدادُهما معاً بالفعلِ ممكنٌ، بأنْ حَمَلا مُصحَفاً وألقياه في القاذوراتِ، أو سَجَدا للصَّنَمِ معاً، "نهر"[٣].

[١٢٦٥٧] (قولُهُ: كالغَرْقَى) فإنَّه إذا لم يُعلَمْ سَبْقُ أحدِهم بالموتِ يُنزَّلُون منزلةَ مَن ماتوا معاً، ولا يَرِثُ أحدٌ منهم الآخرَ، فالتَّشبيهُ في أنَّ الجهل بالسَّبقِ كحالةِ المعيَّة، "ط"[٤].

[١٢٦٥٨] (قولُهُ: كذلك) أي: معاً، بأنْ لم يُعلَم السَّبْقُ.

[١٢٦٥٩] (قولُهُ: وفسَدَ إلخ) لأنَّ رِدَّةَ أحدِهما مُنافيةٌ للنِّكاح ابتداءً فكذا بقاءً، "نهر"[٥]. وهذا تصريحٌ بمفهومِ قولِهِ: ((ثمَّ أَسلَما كذلك))، وسكَتَ عن مفهومِ قولِهِ: ((إنِ ارتَدَّا معاً))؛ لأنَّه تقدَّمَ في قولِهِ: ((وارتدادُ أحدِهما فسخٌ عاجلٌ)).

[١٢٦٦٠] (قولُهُ: قبلَ الآخرِ) وكذا لو بَقِيَ أحدُهما مُرتدّاً بالأُولى، "نهر"[٦].

[١٢٦٦١] (قولُهُ: قبلَ الدُّخولِ) أمَّا بعدَهُ فلها المهرُ في الوجهين؛ لأنَّ المهرَ يتقرَّرُ بالدُّخولِ دَيْناً في ذِمَّةِ الزَّوجِ، والدُّيونُ لا تسقطُ بالرِّدَّة، "فتح"[٧].

---

(١) في "د" زيادة: ((وجهُ الاستحسان؛ أنَّ بني حنيفة ارتدُّوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابةُ بتجديد الأنكحة، وارتدادُهم وإسلامُهم واقعٌ معاً لجهالة التاريخ فتركنا القياس بإجماعهم.
وقال زفر: تبين، وهو القياس؛ لأنَّ ردَّة أحدهما منافيةٌ، وفي ردَّتهما ردَّةُ أحدهما وزيادة، فكان أولى بالبينونة، ولأنَّه منافٍ ابتداءً فيكون منافياً بقاءً كردَّة أحدهما، انتهى. "زيلعي")). ق١٧١/أ.

(٢) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٣) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/ب.

(٤) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٥/٢.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/ب.

(٦) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/ب.

(٧) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٩٩/٣.

لـو المتـأخِّرُ هـي، ولـو هـو فنصفُـهُ أو متعـةٌ (والولـدُ يَتبَـعُ خـيرَ الأبويـن دِيْنـاً) إنِ اتَّحَدَتِ الدَّارُ...

[١٢٦٦٢] (قولُهُ: لو المُتأخِّرُ هي) لمجيءِ الفُرقةِ مِن قِبَلِها بسببِ تأخُّرِها.

[١٢٦٦٣] (قولُهُ: فنصفُهُ) أي: عندَ التَّسميةِ، ((أو مُتعةٌ)) عند عدمها.

مطلبٌ: الولدُ يَتبَعُ خيرَ الأبوين دِيْناً

[١٢٦٦٤] (قولُـهُ: والوَلَـدُ يَتبَـعُ خـيرَ الأبويـن دِيْنـاً) هـذا يُتصـوَّرُ مـن الطَّرفـين في الإسـلامِ العارضِ، بأنْ كانا كافرَينِ فأسلَمَ أو أسلَمَتْ، ثمَّ جاءَتْ بولدٍ قبل العَرْضِ على الآخرِ والتَّفريـقِ، أو بعدَهُ في مُدَّةٍ يَثبُتُ النَّسَبُ في مثلِها، أو كـان بينهمـا ولـدٌ صغـيرٌ قبـلَ إسـلامِ أحدِهمـا؛ فإنّـه بإسلامِ أحدِهما يصيرُ الولدُ مسلماً، وأمَّا في الإسلامِ الأصليِّ فلا يُتصوَّرُ إلاَّ أنْ تكونَ الأمُّ كتابيَّةً والأبُ [٣/ق١٥٤/ب] مسلماً، "فتح"[١] و"نهر"[٢].

(تنبيهٌ)

يُشعِرُ التَّعبيرُ بالأبوين إخراجَ ولدِ الزِّنا، ورأيتُ في "فتـاوى الشِّـهاب الشِّـلْبيِّ" قـال: ((واقعـةُ الفتوى في زمانِنا: مسلمٌ زَنَا بنصرانيَّةٍ، فأَتَتْ بولدٍ فهل يكونُ مسلماً؟ أجابَ بعضُ الشَّافعيَّةِ بعدمِـهِ وبعضُهم بإسلامِهِ، وذكَرَ: أنَّ "السُّبكيَّ" نَصَّ عليه، وهو غيرُ ظاهرٍ، فإنَّ الشَّارعَ قطَعَ نَسَـبَ ولـدِ الزِّنا، وبنتُهُ من الزِّنا تَحِلُّ له عندهم، فكيف يكونُ مُسلِماً؟! وأفتى قاضي القُضاةِ "الحَنْبليُّ" بإسلامِهِ أيضاً، وتوقَّفْتُ عن الكتابة، فإنَّه وإنْ كان مقطوعَ النَّسَبِ عن أبيه ـ حتَّى لا يَرِثُهُ ـ فقد صرَّحُوا عندنا بأنَّ بنتَهُ من الزِّنا لا تَحِلُّ له، وبأنَّه لا يَدفَعُ زكاتَهُ لابنِهِ من الزِّنا، ولا تُقبَلُ شهادتُهُ له. والذي يَقوَى عندي أنَّه لا يُحكَمُ بإسلامِهِ على مقتضى مذهبِنا، وإنما أَثبَتُوا الأحكامَ المذكورةَ احتياطاً نظراً

---

(١) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٨٧.

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٣/ب ق١٩٤/أ.

....

لحقيقةِ الجزئيَّةِ بينهما)) اهـ.

قلت: يَظهَرُ لي الحكمُ بالإسلامِ؛ للحديثِ الصَّحيح:((كلُّ مولودٍ يُولَدُ على الفِطرة، حتَّى يكونُ أبواه هما اللَّذان يُهوِّدانِهِ أو يُنصِّرانِهِ))[١]، فإنَّهم قالوا: إنَّه جعَلَ اتِّفاقَهما ناقلاً له عن الفِطرةِ، فإذا لم يَتَّفِقا بقيَ على أصلِ الفِطْرة أو على ما هو أقربُ إليها، حتَّى لو كان أحدُهما مجوسيّاً والآخرُ كتابيّاً فهو كتابيٌّ كما يأتي[٢]، وهنا ليس له أبوان مُتَّفقان، فيَبْقَى على الفِطرةِ، ولأنَّهم قالوا: إنَّ إلحاقَهُ بالمسلمِ منهما أو بالكتابيِّ أنفعُ له، ولا شكَّ أنَّ النَّظرَ لحقيقةِ الجزئيَّةِ أنفعُ له، وأيضاً حيث نَظَرُوا للجزئيَّةِ في تلك المسائلِ احتياطاً فلْيُنظَرْ إليها هنا احتياطاً أيضاً، فإنَّ الاحتياطَ بالدِّين أَولى، ولأنَّ الكفر أقبحُ القبيحِ، فلا ينبغي الحكمُ به على شخصٍ بدُونِ أمرٍ صريحٍ، ولأنَّهم قالوا في حرمةِ بنتِهِ من الزِّنا: إنَّ الشَّرعَ قطَعَ النِّسبةَ إلى الزَّاني لِما فيها من إشاعةِ الفاحشةِ، فلم يُثبتِ النَّفقةَ والإرثَ لذلك، وهذا لا يَنْفي النِّسبةَ الحقيقيَّةَ؛ لأنَّ الحقائقَ لا مَرَدَّ لها، فمَن ادَّعَى أنَّه لا بدَّ من النِّسبةِ الشَّرعيَّةِ فعليه البيانُ.

(تتمَّةٌ)

ذكَرَ "الأستروشنيُّ" في سِيَرِ "أحكام الصِّغار"[٣]: ((أنَّ الولدَ لا يصيرُ مسلماً بإسلام جَدِّهِ ولو أبوه ميتاً، وأنَّ هذه من المسائلِ التي ليس فيها الجَدُّ كالأبِ؛ لأنَّه لو كان تابعاً له لكان تابعاً لِجَدِّ الجَدِّ وهكذا، فيُؤدِّي إلى أنْ يكونَ النَّاسُ مسلمين [٣/ق١٥٥/أ] بإسلامِ آدمَ عليه السَّلام))، وفيه[٤] أيضاً: ((الصَّغيرُ تَبَعٌ لأبويه أو أحدِهما في الدِّيْنِ، فإن انعَدَما فلِذي اليدِ، فإنْ عُدِمَتْ

---

(١) تقدم تخريجه ١٩٣/٥.

(٢) المقولة [١٢٦٦٦] قوله: ((والمجوسي شر من الكتابي)).

(٣) "جامع أحكام الصغار": مسائل الردة ٢٠٧/١ بتصرف.

(٤) أي: في "جامع أحكام الصغار": مسائل الردة ٢٠٨/١ بتصرف.

....

فللدَّارِ، ويَستوي فيما قلنا أنْ يكونَ عاقلاً أو غيرَ عاقلٍ؛ لأنَّه قبلَ البلوغِ تَبَعٌ لأبويه في الدِّين ما لم يَصِفِ الإسلامَ)) اهـ. فأفاد أنَّ التَّبعيَّةَ لا تَنقطِعُ إلاَّ بالبلوغِ أو بالإسلامِ بنفسِهِ، وبه صرَّحَ في "البحر"[1] و"المنح"[2] من باب الجنائز.

وذكَرَ أيضاً المحقِّقُ "ابنُ أمير حاجّ" في "شرح التَّحرير"[3] عن "شرح الجامع الصَّغير" لـ"فخر الإسلام": ((أنَّه لا فَرْقَ في الصَّغيرِ بين أنْ يَعقِلَ أوْ لا، وأنَّه نَصَّ عليه في "الجامعِ الكبير" و"شرحِهِ")).

قلت: وفي "شرح السِّير الكبير" للإمام "السَّرخسيّ"[4] قال بعدَ كلامٍ ما نصُّهُ: ((وبهذا تبيَّنَ خطأُ مَن يقول مِن أصحابنا[5]: إنَّ الذي يُعبِّرُ عن نفسِهِ لا يصيرُ مسلماً تبعاً لأبويه، فقد نَصَّ هاهنا على أنَّه يصيرُ مسلماً)) اهـ.

وذكَرَ[6] قبلَهُ أيضاً: ((أنَّ التَّبعيَّةَ تَنقطِعُ ببُلُوغِهِ عاقلاً)) اهـ، أي: فلو بلَغَ مجنوناً تبقى التَّبعيَّةُ.

فقد تبيَّنَ لكَ أنَّ ما في "القهستانيّ"[7]: ((مِن أنَّ المرادَ بالولدِ هنا الطِّفلُ الذي لا يَعقِلُ الإسلامَ)) خطأٌ كما سمعتَهُ من عبارة "السَّرخسيّ" وإنْ أفتى به "الشِّهابُ الشِّلبيُّ"؛ لمخالفتِهِ لِما نَصَّ عليه الإمامُ "محمَّدٌ" في "الجامع الكبير"[8] و"السِّير الكبير"[9]، ولِما صُرِّحَ به في هذه الكتبِ، ولإطلاقِ المتون أيضاً، فافهم. ٣٩٤/٢

---

(١) "البحر": كتاب الجنائز ـ فصل: السلطان أحق بصلاته ٢/٢٠٥.

(٢) "المنح": كتاب الصلاة ١/ق ٧٦/ب.

(٣) "التقرير والتحبير": المقالة الثانية ـ الباب الأول ـ الفصل الثاني في الحاكم ٢/١١٢.

(٤) "شرح السير الكبير": باب: بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ٥/١٨٧٧.

(٥) في "الأصل": ((خطأ بعض من أصحابنا)).

(٦) أي: في "شرح السير الكبير": باب بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ٥/١٨٧٠ بتصرف.

(٧) "جامع الرموز": كتاب النكاح ـ باب نكاح القن ١/٢٩٥.

(٨) "الجامع الكبير": كتاب النكاح ـ باب النكاح في الفرقة في المجبوب وغيره صـ٩٤ـ بتصرف.

(٩) انظر "شرح السير الكبير": باب: بيان الوقت الذي يتمكن المستأمن فيه من الرجوع إلى أهله ٥/١٨٧٧.

ولو حكماً، بأنْ كان الصَّغيرُ في دارِنا والأبُ ثَمَّةَ بخلافِ العكس.

(والمجوسيُّ ومثلُهُ) كوثَنيٍّ.......................................

[١٢٦٦٥] (قولُهُ: ولو حكماً) أي: سواءٌ كان الاتِّحادُ حقيقةً وحكماً ـ كأنْ يكونَ خيرُ الأبوين مع الولدِ في دارِ الإسلام أو في دارِ الحرب ـ أو كان حكماً فقط كما مثَّلَ به "الشَّارحُ". واحترَزَ عن اختلافِهما حقيقةً وحكماً، بأنْ كان الأبُ في دارِنا والصَّغيرُ ثَمَّةَ، وإليه أشارَ بقولِهِ: ((بخلافِ العكسِ)) اهـ "ح"[١].

قلت: وما في "الفتح"[٢] من جعلِهِ حكمَ العكسِ كما قبلَهُ قال في "البحر"[٣]: ((إنَّه سهوٌ)).

[١٢٦٦٦] (قولُهُ: والمجوسيُّ شرٌّ من الكتابيِّ) قال في "النَّهر"[٤]: ((أردَفَ هذه الجملةَ لبيانِ أنَّ أحدَ الأبوين لو كان كتابيّاً والآخرُ مجوسيّاً كان الولدُ كتابيّاً، نظراً له في الدُّنيا لاقترابِهِ من المسلمين بالأحكامِ من حِلِّ الذَّبيحةِ والمناكحةِ، وفي الآخرةِ من نُقْصانِ العقاب، كذا في "الفتح"[٥]، يعني: أنَّ الأصلَ بقاؤُهُ بعدَ البلوغ على ما كان [٣/ق١٠٥/ب] عليه، وإلاَّ فأطفالُ المشركين في الجنَّةِ، وتوقَّفَ فيهم "الإمامُ" كما مرَّ[٦]. ولم يُدخِلْهُ في حَيِّزِ الجملةِ الأُولى تحامِياً عمَّا وقعَ في بعضِ العبارات من إطلاقِ الخيرِ على الكتابيِّ، بل الشَّرُّ ثابتٌ فيه، غيرَ أنَّ المجوسيَّ شَرٌّ)) اهـ.

وعلى هذا فقولُهُ: ((والولدُ يَتبَعُ خيرَ الأبوين دِيْناً)) المرادُ به دِيْنُ الإسلامِ فقط؛ لئلاَّ تتكرَّرَ الجملةُ الثَّانيةُ، فإنَّه ليس المرادُ منها مجرَّدَ بيانِ أنَّ المجوسيَّ شرٌّ من الكتابيِّ؛ إذ لا دخلَ له في بحثِهِ، بل المرادُ بيانُ لازمِهِ المقصودِ هنا، وهو تبعيَّةُ الولدِ لأخفِّهما شَرّاً، فتَحِلُّ مناكحتُهُ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/أ.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٨٧.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٢٥.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/أ.

(٥) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٣/٢٨٧.

(٦) "در" ٥/١٩٢.

وسائرِ أهلِ الشِّرك (شَرٌّ من الكتابيِّ) والنَّصرانيُّ شرٌّ من اليهوديِّ في الدَّارين؛ لأنَّه لا ذبيحةَ له، بل يَخنُقُ كمجوسيٍّ، وفي الآخرةِ........................

وذبيحتُهُ، وإنما لم يَكتَفِ عنها بالجملةِ الأُولى ـ بأنْ يُرادَ بالدِّينِ الأعمُّ ـ تَحَامِياً عن إطلاقِ الخيريَّةِ على غيرِ دِيْنِ الإسلام، فافهم.

[١٢٦٦٧] (قولُهُ: وسائرِ أهلِ الشِّركِ) ممن لا دِيْنَ له سماويّاً.

[١٢٦٦٨] (قولُهُ: والنَّصرانيُّ شَرٌّ من اليهوديِّ) كذا نقَلَهُ في "البحر"[1] عن "البزَّازيَّة"[2] و"الخبَّازيَّة"، ونقَلَ عن "الخلاصة"[3] عكسَهُ، ثمَّ قال[4]: ((إنَّه يَلزَمُ على الأوَّلِ كونُ الولدِ المُتولِّدِ من يهوديَّةٍ ونصرانيٍّ أو عكسِهِ تبعاً لليهوديِّ لا النَّصرانيِّ)) اهـ، أي: وليس بالواقعِ، "نهر"[5].

قلت: بل مقتضى كلامِ "البحر" أنَّه الواقعُ؛ لأنَّه قال[6]: ((إنَّ فائدتَهُ خِفَّةُ العقوبةِ في الآخرةِ وكذا في الدُّنيا؛ لِما في أضحيةِ "الولوالجيَّة"[7]: يكرهُ الأكلُ من طعامِ المجوسيِّ والنَّصرانيِّ؛ لأنَّ المجوسيَّ يَطبُخُ المُنخَنِقةَ والمَوْقوذةَ والمُترَدِّيَةَ، والنَّصرانيَّ لا ذبيحةَ له، وإنما يأكلُ ذبيحةَ المسلم أو يَخنُقُ، ولا بأس بطعامِ اليهوديِّ؛ لأنَّه لا يأكلُ إلاَّ من ذبيحةِ اليهوديِّ أو المسلم اهـ. فعُلِمَ أنَّ النَّصرانيَّ شَرٌّ من اليهوديِّ في أحكام الدُّنيا أيضاً)) اهـ كلامُ "البحر".

[١٢٦٦٩] (قولُهُ: لأنَّه لا ذبيحةَ له) أي: لا يَذبَحُ بدليلِ قولِهِ: ((بل يَخنُقُ))، وليس المرادُ أنَّه لو ذبَحَ لا تُؤكَلُ ذبيحتُهُ؛ لِمُنافاتِهِ لِما تقدَّمَ[8] أوَّلَ كتاب النِّكاحِ من حِلِّ ذبيحتِهِ ولو قال:

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣-٢٢٦.

(٢) "البزازية": كتاب السير ـ الباب الرابع في المرتد ـ الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "خلاصة الفتاوى": كتاب ألفاظ الكفر ـ الفصل الثاني في ألفاظ الكفر ـ الجنس الخامس في الإقرار بالكفر صريحاً وكناية ق٣١٨/أ.

(٤) أي: في "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣-٢٢٦.

(٥) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/أ.

(٦) أي: في "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٦/٣ بتصرف.

(٧) "الولوالجية": كتاب الصيد والذبائح والأضحية ـ الفصل الخامس في المسائل المتفرقة ق١٠٥/أ بتصرف.

(٨) المقولة [١١٣٩١] قوله: ((على المذهب)).

أشدُّ عذاباً. وفي "جامع الفصولين"[١]: ((لو قال: النَّصرانيَّةُ خيرٌ من اليهوديَّةِ أو المجوسيَّةِ كفَرَ))؛ لإثباتِهِ الخيرَ لِما قَبُحَ بالقطعيِّ،..........

المسيحُ ابنُ الله، "ح"[٢].

[١٢٦٧٠] (قولُهُ: أشدُّ عذاباً) لأنَّ نِزاعَ النَّصارى في الإلهيَّاتِ ونزاعَ اليهودِ في النُّبوّاتِ، وقولُهُ تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ عُزَيْرٌ ٱبْنُ ٱللَّهِ﴾ [التوبة ـ ٣٠] كلامُ طائفةٍ منهم قليلةٍ كما [٣/ق١٥٦/أ] صُرِّحَ به في التَّفسيرِ[٣]، وقولُهُ تعالى: ﴿لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ ٱلنَّاسِ عَدَٰوَةً﴾ الآيةَ [المائدة ـ ٨٢] لا يَرِدُ؛ لأنَّ البحثَ في قوَّةِ الكفرِ وشدَّتِهِ لا في قوَّةِ العَداوةِ وضَعْفِها. اهـ "بزَّازيَّة"[٤].

[١٢٦٧١] (قولُهُ: كفَرَ إلخ) قال في "البحر"[٥]: ((هذا يقتضي أنَّه لو قال: الكتابيُّ خيرٌ من المجوسيِّ يَكفُرُ، مع أنَّ هذه العبارةَ وقَعَتْ في "المحيط" وغيرِهِ، إلاَّ أنْ يقالَ بالفَرْقِ، وهو الظَّاهرُ؛ لأنَّه لا خيريَّةَ لإحدى المِلَّتين ـ أي: اليهوديَّةِ والنَّصرانيَّةِ ـ على الأخرى في أحكامِ الدُّنيا والآخرةِ، بخلاف الكتابيِّ بالنِّسبةِ إلى المجوسيِّ للفَرْقِ بين أحكامِهِما في الدُّنيا والآخرة)) اهـ.

قلت: وهذا كلامٌ غيرُ محرَّرٍ، أمَّا أوَّلاً فلأنَّه مخالفٌ لِما حرَّرَهُ من أنَّ النَّصرانيَّ شرٌّ من اليهوديِّ في الدُّنيا والآخرةِ كما تقدَّمَ[٦]، وأمَّا ثانياً فلأنَّ عِلَّةَ الإكفارِ هي إثباتُ الخيرِ لِما قَبُحَ قطعاً لا لعدمِ خيريَّةِ إحدى المِلَّتين على الأخرى؛ لأنَّه لو كانت العِلَّةُ هذه لم يَلزَمِ الإكفارُ، وحينئذٍ فالقولُ بأنَّ النَّصرانيَّةَ خيرٌ من اليهوديَّةِ مثلُ القول بأنَّ الكتابيَّ خيرٌ من المجوسيِّ؛ لأنَّ فيه إثباتَ الخيريَّةِ له مع أنَّه لا خيرَ فيه قطعاً، وإنْ كان أقلَّ شرّاً، فالظَّاهرُ عدمُ الفَرْقِ بين العبارتين،

---

(١) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والثلاثون في مسائل كلمات الكفر ٣١٣/٢ وليست فيه: ((اليهودية)).

(٢) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/أ.

(٣) في "د" زيادة: ((كذا في "النهر"، "ح")). ق١٧١/أ.

(٤) "البزازية": كتاب السير ـ الباب الرابع في المرتد ـ الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٢٥/٣ بتصرف.

(٦) المقولة [١٢٦٦٨] قوله: ((والنصراني شر من اليهودي)).

لكنْ ورَدَ في السُّنّةِ: ((أنَّ المجوسَ[١] أسعدُ حالةً من المعتزلةِ))[٢]؛ لإثباتِ المجوسِ...

وأنَّ ما في "المحيط" وغيرِهِ دليلٌ على أنَّه لا يَكفُرُ بذلك، ولعلَّ وجهَهُ أنَّ لفظَ ((خيرٌ)) قد يُرادُ به ما هو أقلُّ ضرراً كما يقال في المَثَل: ((الرَّمَدُ خيرٌ من العَمَى))، وكقولِ الشَّاعر: [طويل]

ولكنَّ قَتْلَ الحُرِّ خيرٌ من الأَسْرِ[٣]

ثمَّ رأيتُ في آخرِ "المصباح"[٤]: ((أنَّ العلماء قد يقولون: هذا أصحُّ من هذا ومرادُهم أنَّه أقلُّ ضعفاً، ولا يُريدون أنَّه صحيحٌ في نفسِهِ)) اهـ. وهذا عينُ ما قلتُهُ، و لله الحمد.

وحينئذٍ فالقولُ بالإكفارِ مبنيٌّ على إرادةِ ثُبُوتِ الخيريَّةِ سواءٌ استُعمِلَ أفعلُ التَّفضيلِ على بابِهِ أو أُريدَ أصلُ الفعل كما في ﴿أَيُّ ٱلْفَرِيقَيْنِ خَيْرٌ﴾ [مريم-٧٣]، والقولُ بعدمِهِ مبنيٌّ على ما قلنا، والله أعلم.

[١٢٦٧٢] (قولُهُ: لكنْ ورَدَ في السُّنَّةِ إلخ) يُوهِمُ أنَّ هذا حديثٌ وليس كذلك، وعبارةُ "البزَّازيَّة"[٥]: ((والمذكورُ في كتبِ أهلِ السُّنَّة إلخ)). ووجهُ الاستدراكِ: أنَّ تعبيرَ علماءِ أهلِ السُّنَّةِ والجماعةِ بذلك دليلٌ على جوازِ القولِ بأنَّ النَّصرانيَّةَ خيرٌ [٣/ق١٥٦/ب] من اليهوديَّةِ، وبأنَّ الكتابيَّ خيرٌ من المجوسيِّ؛ لأنَّ فيه إثباتَ أسعديَّةِ المجوسِ وخيريَّتِهم على المعتزلةِ، قال في "البزَّازيَّة"[٦]: ((أُجيبَ عنه بأنَّ المَنْهيَّ عنه هو كونُهم خيراً من كذا مطلقاً، لا كونُهم أسعدَ حالاً

---

(١) في "د" و "و" و "ط": ((المجوسي)).

(٢) لا يخفى ما في هذا الكلام من البطلان والمبالغة، فإنَّ المعتزلة فرقةٌ مسلمةٌ موحِّدةٌ ضلُّوا الطريق وهم متأوِّلون، يسعون إلى التوحيد والتنزيه، على حين أنَّ المجوس مشركون كفرةٌ بالإجماع.

(٣) لم نقف على قائله.

(٤) "المصباح": الخاتمة ـ فصل: قولهم: ((زيداً أعلى من عمرو)) صـ٧٠٩ـ.

(٥) "البزازية": كتاب السير ـ الباب الرابع في المرتد ـ الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٦/٣٣١ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البزازية": كتاب السير ـ الباب الرابع في المرتد ـ الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٦/٣٣١ (هامش "الفتاوى الهندية").

خالقَيْنِ فقط، وهؤلاء خالقاً لا عددَ له، "بزّازيَّة"[١] و"نهر"[٢].

(ولو تَمَجَّسَ أبو صغيرةٍ نصرانيَّةٍ تحتَ مسلمٍ).........................

٣٩٥/٢ بمعنى: أقلَّ مُكابَرةً وأدنى إثباتاً للشِّرك؛ إذ يجوزُ[٣] أنْ يقال: كفرُ بعضِهم أخفُّ من بعضٍ، وعذابُ بعضٍ أدنى من بعضٍ وأهونُ، أو الحالُ بمعنى الوصفِ، كذا قيل، ولا يَتِمُّ)) اهـ، أي: لا يَتِمُّ هذا الجوابُ؛ لأنَّه إذا صَحَّ تأويلُ هذا بما ذُكِرَ صَحَّ تأويلُ ذاك بمثلِهِ، وكونُ ((أسعدَ)) مُسنَداً إلى الحالِ؛ لأنَّه فاعلٌ معنًى، أو كونُ الحالِ بمعنى الوصفِ لا يُفيدُ، قال في "النَّهر"[٤]: ((لكنَّ مقتضى ما مَرَّ[٥] عن "جامع الفصولين" القولُ بالكفرِ في الصُّورتين، وهو الموافقُ للتَّعليلِ الأوَّلِ، وكأنَّه الذي عليه المُعوَّلُ)) اهـ.

وفيه أنَّ ما مَرَّ عن "الفصولين" مع تعليلِهِ هو محلُّ النِّزاعِ، فالتَّحريرُ أنَّ في المسألة قولين، وأنَّ الذي عليه المُعوَّلُ الجوازُ؛ لِما سمعتَ من وُقُوعِهِ في كلامِهم.

[١٢٦٧٣] (قولُهُ: خالِقَينِ) هما النُّورُ المسمَّى يَزْدانَ، والظُّلمةُ المسمَّاةُ أَهْرَمَنْ[٦]، "ح"[٧].

[١٢٦٧٤] (قولُهُ: خالِقاً لا عدَدَ له) أي: حيث قالوا: إنَّ الحيوان يَخلُقُ أفعالَهُ الاختياريَّةَ، "ح"[٨].

قلت: وتكفيرُ أهلِ الأهواء فيه كلامٌ، والمُعتمَدُ خلافُهُ، كما سيأتي[٩] بسطُهُ إن شاء الله تعالى في البُغاةِ.

---

(١) "البزازية": كتاب السير ـ الباب الرابع في المرتد وما يصير الكافر به مسلماً ـ الفصل الخامس في الإقرار بالكفر ٣٣١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/أ.

(٣) في "آ": ((لا يجوز))، وهو خطأ.

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٤/أ.

(٥) "در" صـ٦٦٠.

(٦) في "ب": ((أهرمز))، وهو خطأ.

(٧) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/أ.

(٨) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/أ.

(٩) المقولة [٢٠٥٦٠] قوله: ((كما حققه في "الفتح")).

بانَتْ بلا مهرٍ (و) لو[1] كان (قد ماتَتِ الأمُّ نصرانيَّةً) مثلاً، وكذا عكسُهُ (لم تَبِنْ) لتناهي التَّبعيَّةِ..

[١٢٦٧٥] (قولُهُ: بانَتْ) أي: إنْ تَمَجَّسَتِ الأمُّ أيضاً، ولا حاجةَ إلى هذه الزِّيادةِ مع هذا الإيهامِ، والأحسنُ إبقاءُ المتن على حالِهِ، وأظُنُّ أنَّ "الشَّارح" زادَ أَلِفاً في قولِ المتن: ((أبو صغيرةٍ)) فصار: ((أَبَوا)) بلفظِ التَّثنيةِ، فأسقَطَها النُّسَّاخُ، فلتُراجَع النُّسخُ.

وذكَرَ "ط"[2] عن "الهنديَّة"[3]: ((أنَّ مِثلَ الصَّغيرةِ ما إذا بَلَغَتْ مَعتُوهةً؛ لبقائِها تابعةً للأبوين في الدِّينِ[4]؛ لأنَّه ليس للمعتوهةِ إسلامٌ بنفسِها حقيقةً، فكانَتْ بمنزلةِ الصَّغيرةِ من هذا الوجهِ)).

[١٢٦٧٦] (قولُهُ: بلا مهرٍ) أي: إنْ لم يَدخُلْ بها، "ح"[5].

[١٢٦٧٧] (قولُهُ: مثلاً) راجعٌ إلى قولِهِ: ((ماتَتْ))، أي: أنَّ الموتَ غيرُ قيدٍ، أو إلى قولِهِ: ((نصرانيَّةً))، أي: أو يهوديَّةً.

[١٢٦٧٨] (قولُهُ: وكذا عكسُهُ) بأنْ تَمَجَّسَتْ أمُّها بعد أنْ ماتَ أبوها نصرانيّاً، "ح"[6].

[١٢٦٧٩] (قولُهُ: لتَناهي التَّبعيَّةِ[7]) أي: انتهاءِ تبعيَّةِ الولدِ للأبوين.

(قولُهُ: أي إنْ تَمَجَّستِ الأُمُّ إلخ) أو كانَتْ غيرَ كِتابيَّةٍ.

(قولُهُ: أي انتهاءِ تَبَعيَّةِ الوَلدِ للأبوَيْن) حقُّه: للباقِي من الأبوَيْن.

---

(١) في "ب": ((أو لو)).

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٧.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب النكاح ـ الباب العاشر في نكاح الكفار ١/٣٤٠.

(٤) عبارة "الهندية": ((للأبوين والدار في الدين)).

(٥) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/أ.

(٦) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/أ.

(٧) ((التبعية)) ساقطة من "الأصل".

بموتِ أحدِهما ذمِّيّاً أو مسلماً أو مرتدّاً، فلم تَبطُلْ بكفرِ الآخرِ، وفي "المحيط": ((لو ارتدَّا لم تَبِنْ ما لم يَلْحَقا، ولو بَلَغَتْ عاقلةً مسلمةً ثمَّ جُنَّتْ، فارتَدَّا..........

[١٢٦٨٠] (قولُهُ: بموتِ أحدِهما ذمِّيّاً إلخ) أي: إذا مات أحدُ [٣/ق١٠٧/أ] الكتابيَّين ذمِّيّاً أو مسلماً، ثمَّ تَمَجَّسَ الباقي منهما لا يَتبَعُهُ الولدُ، وكذا لو ماتَ أحدُهما مُرتدّاً؛ لأنَّ حكمَ المرتدِّ الجَبْرُ على الإسلامِ، فله حكمُ المسلمِ، حتّى إنَّ كسبَ إسلامِهِ يَرِثُهُ وارثُهُ المسلمُ، فهو أقربُ إلى الإسلامِ من الكتابيِّ وغيرِهِ، قال في "البحر"[1]: ((ولو مات أحدُ الأبوين في دارِنا مسلماً أو مُرتدّاً، ثمَّ ارتَدَّ الآخرُ ولَحِقَ بها بدارِ الحربِ لم تَبِنْ، ويُصلَّى عليها إذا ماتَتْ؛ لأنَّ التَّبعيَّةَ حكمٌ تَناهَى بالموتِ مُسلِماً، وكذا بالموتِ مُرتدّاً؛ لأنَّ أحكامَ الإسلامِ قائمةٌ)).

[١٢٦٨١] (قولُهُ: فلم تَبطُلْ) أي: التَّبعيَّةُ ((بكفرِ الآخرِ))، قال "ط"[2]: ((والأَولى أنْ يقولَ: بتَمَجُّسِ الآخرِ؛ لأنه كان أوّلاً كافراً، غايةُ الأمر أنَّه انتقَلَ إلى حالةٍ من الكفرِ شَرٌّ من التي كان عليها، بقي أنْ يقال: إنَّ التَّبعيَّةَ إنما تَناهَتْ وانقَطَعَتْ عمَّن بقيَ من الوالدين بتَمَجُّسِهِ لا بموتِ أحدِهما؛ لأنَّه لو أسلَمَ مَن بقي تَبِعَتْهُ ابنتُهُ)) اهـ.

والجوابُ: أنَّ المرادَ انقطاعُ التَّبعيَّةِ عن الباقي منهما إذا[3] انتقَلَ إلى حالةٍ دون التي كان عليها؛ لِما تقرَّرَ أنَّ الولدَ إنما يَتبَعُ خيرَ الأبوين دِيْناً أو أخفَّهما شَرّاً، فالمرادُ بالتَّبعيَّةِ المتناهيةِ هذه، فافهم.

[١٢٦٨٢] (قولُهُ: لم تَبِنْ) لأنَّ البنتَ مُسلِمةٌ تبعاً لهما وتبعاً للدَّار، "بحر"[4].

[١٢٦٨٣] (قولُهُ: ما لم يَلحَقا) أي: بالبنتِ، فإنْ لَحِقَا بها بدارِ الحربِ بانَتْ؛ لانقطاعِ حكمِ

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

(٢) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٨٧/٢.

(٣) في "ب": ((إذ)).

(٤) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣٣/٣.

لم تَبِنْ مطلقاً. مسلمٌ تحتَهُ نصرانيَّةٌ،.........................

الدَّار، "بحر"[١]، أي: بانَتْ مِن زوجِها لتبايُنِ الدَّارين، ولأنَّها صارَتْ مُرتدَّةً تبعاً لهما، قال في "شرح تلخيص الجامع الكبير": ((وهذا بخلافِ ما إذا كانت الصَّغيرةُ تَعقِلُ وتُعبِّرُ عن نفسِها، حيث لا تَبِينُ وإنْ لَحِقا بها إلاَّ إذا ارتَدَّتْ بنفسِها، فحينئذٍ تَبِينُ عندهما خلافاً لـ"أبي يوسف")) اهـ، فتأمَّلْهُ مع ما قدَّمنا[٢] من أنَّ التَّبعيَّةَ لا تَنقطِعُ قبلَ البلوغ.

وقيَّدنا بلَحَاقِهما بالبنتِ؛ لأنَّه إذا لَحِقا وتَركاها فإنَّها لا تَبِينُ كما قدَّمناه[٣] عن "شرح التَّحرير"، قال في "النَّهر"[٤]: ((في الفَرْقِ بين ما لو تَمَجَّسا أو ارتَدَّا تأمُّلٌ، فتدبَّرْ)) اهـ.

قلت: الفَرْقُ ظاهرٌ، وهو أنَّ البنتَ بارتدادِ أبويها المسلمَين تبقى مسلمةً تبعاً لهما وللدَّار؛ لأنَّ المرتَدَّ مسلمٌ حكماً لِجَبرِهِ على الإسلام، فلذا لم تَبِنْ مِن زوجِها ما لم يَلحَقا بها للتَّبايُنِ وانقطاعِ وَلايةِ الجَبْرِ، بخلاف تَمَجُّسِ أبويها النَّصرانيَّين؛ لأنَّها تَتْبَعُهما في التَّمجُّسِ لعدمِ جَبْرِهما على العَوْدِ إلى [٣/ق١٥٧/ب] النَّصرانيَّةِ، فصار كارتدادِ المسلمَين مع لَحاقِهما، ولا يمكنُ تَبَعيَّتُها للدَّار مع بقاءِ تبعيَّةِ الأبوين، فلذا بانَتْ من زوجِها، فتدبَّر.

[١٢٦٨٤] (قولُهُ: لم تَبِنْ مُطْلَقاً) أي: سواءٌ لَحِقا بها أوْ لا؛ لأنَّها مسلمةٌ أصالةً لا تَبَعاً، وكذلك الصَّبيَّةُ العاقلةُ أسلَمَتْ ثمَّ جُنَّتْ؛ لأنَّها صارَتْ أصلاً في الإسلامِ، "بحر"[٥] عن "المحيط".

(قولُهُ: فتَأمَّلْهُ مع ما قدَّمنا مِن أنَّ التَّبعيَّةَ لا تَنقطِعُ قبلَ البُلُوغِ إلخ) لا مُخالفَةَ بين ما هنا وما تقدَّم؛ لاختلافِ موضُوعِهما، فما تقدَّم لَمَّا كانتِ التَّبعيَّةُ فيها النَّفْعُ للصَّغيرِ قالُوا: لا تَنْقطِعُ إلاَّ بالبُلُوغِ بدُون اعتبارِ التَّميزِ وعدَمِهِ، وما هنا لَمَّا كان في التَّبَعيَّةِ إضرارٌ به اشْتَرَطُوا فيها عدَمَ التَّميزِ، واعتَبَرُوا المُميِّزَ كالبالِغِ في انقطاعِها.

---

(١) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٣.

(٢) المقولة [١٢٦٦٤] قوله: ((والولد يتبع خير الأبوين ديناً)).

(٣) المقولة [١٢٥٨٨] قوله: ((بل يعرض الإسلام على أبويه إلخ)).

(٤) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/ب.

(٥) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٣/٢٣٣.

فتَمَجَّسَا أو تَنَصَّرَا بانَتْ)).

(ولا) يصحُّ[(١)] (أنْ يَنكِحَ مرتدٌّ أو مرتدَّةٌ أحداً) من النَّاس مطلقاً.

(أسلَمَ) الكافرُ (وتحتَهُ خمسُ نسوةٍ فصاعداً، أو أُختانِ، أو أمٌّ وبِنْتُها بطَلَ نكاحُهنَّ إنْ تَزَوَّجَهُنَّ بعقدٍ واحدٍ، فإنْ رَتَّبَ فالآخِرُ) باطلٌ،................

[١٢٦٨٥] (قولُهُ: فتَمَجَّسا) أي: المسلمُ وزوجتُهُ النَّصرانيَّةُ معاً، وقولُهُ: ((أو تَنَصَّرا)) صوابُهُ: أو تَهَوَّدا؛ لأنَّ موضوعَ المسألة أنَّ الزَّوجةَ نصرانيَّةٌ، قال في "النَّهر"[(٢)]: ((قيَّدَ بالرِّدَّةِ لأنَّ المسلمَ لو كان تحتَهُ نصرانيَّةٌ فتَهَوَّدا وقَعَتِ الفُرقةُ بينهما اتِّفاقاً، واختلَفَ "الشَّيخان" فيما لو تَمَجَّسا، قال "أبو يوسف": تقعُ، وقال "محمَّدٌ": لا تقعُ، لـ"أبي يوسف": أنَّ الزَّوجَ لا يُقَرُّ على ذلك والمرأةَ تُقَرُّ، فصار كرِدَّةِ الزَّوجِ وحدَهُ، وفَرَّقَ "محمَّدٌ" بأنَّ المجوسيَّةَ لا تَحِلُّ للمسلمِ، فإحداثُها كالارتدادِ)) اهـ، أي: فكأنَّهما ارتَدَّا معاً.

ثمَّ الذي في "البحر"[(٣)] عن "المحيط" تأخيرُ تعليلِ "أبي يوسف"، وظاهرُهُ اعتمادُهُ، وهو ظاهرُ قولِهِ في "الفتح"[(٤)] أيضاً: ((تقعُ الفُرقةُ عند "أبي يوسف" خلافاً لـ"محمَّدٍ"))، فلذا جزَمَ به "الشَّارح". ٣٩٦/٢

[١٢٦٨٦] (قولُهُ: مُطْلَقاً) أي: مسلماً أو كافراً أو مُرتَدّاً، وهو تأكيدٌ لِما فُهِمَ من النَّكرةِ

(قولُهُ: وقولُهُ: أو تَنَصَّرَا، صَوابُهُ: أو تَهَوَّدا؛ لأنَّ موضوعَ المسألَةِ إلخ) قال "الرَّحمتيُّ": ((يُجابُ: بأنَّ معنى تَنَصَّرا: صارا نَصْرانِيَّين بعد أنْ كان أحدَهما النَّصْرانيُّ.

(قولُهُ: قيَّد بالرِّدَّةِ إلخ) أي: في قوْلِ "الكَنْزِ": ((وإنْ ارْتدَّا، أو أسْلَمَا لَم تَبِنْ)).

(قوْلُ "الشَّارِحِ": بانَتْ) لأنَّ سببَ الفُرْقَةِ جاء من قِبَلِ الزَّوجِ خاصّةً، والمرأةُ كافِرَةُ الأصْلِ، غيرَ أنَّ "مُحمَّداً" يقولُ: إنَّ تَمَجُّسَها بمَنْزِلَةِ الرِّدَّةِ؛ لأنَّها أحْدَثَتْ زيادةَ صِفَةٍ في الكُفْرِ فكان بمَنزِلَةِ إحْداثِ أصْلِ الكُفْرِ.

---

(١) في "ب" و"ط": ((يصلح)).

(٢) "النهر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٩٥/ب.

(٣) "البحر": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢٣٢/٣.

(٤) "الفتح": كتاب النكاح ـ باب نكاح أهل الشرك ٢٩٩/٣.

وخيَّرَهُ "محمَّدٌ" و"الشَّافعيُّ" عملاً بحديثِ "فيروزَ"، قلنا: كان تخييرُهُ في التَّزوُّجِ بعد الفُرْقةِ........

في النَّفيِ، "ح"(١).

[١٢٦٨٧] (قولُهُ: وخيَّرَهُ "محمَّدٌ") أي: خيَّرَ "محمَّدٌ" هذا الذي أسلَمَ في اختيارِ الأربعِ مطلقاً، أي: أربعِ نِسوةٍ أيَّ أربعٍ كانَتْ، وخيَّرَهُ أيضاً في اختيارِ أيِّ الأختين شاءَ، والبنتَ، أي: يختارُ البنتَ في هذه الصُّورةِ لا الأمَّ، أو يترُكُهما جميعاً؛ لأنَّه رُوِيَ:((أنَّ "غَيْلان الدَّيلميَّ" أسلَمَ وتحتَهُ عشرُ نسوةٍ أسلَمْنَ معه، فخيَّرَهُ النَّبيُّ ﷺ، فاختارَ أربعاً منهنَّ))(٢)، وكذا "فيروزُ الدَّيلميُّ" ((أسلَمَ وتحتَهُ أختان، فخيَّرَهُ فاختارَ إحداهما))(٣)، وإنَّما يختارُ البنتَ؛ لأنَّ نكاحَها أمنَعُ في نكاحِ الأمِّ من نكاحِ الأمِّ لها، ولهما أنَّ هذه الأنكحةَ فاسدةٌ، لكنْ لا نتعرَّضُ لهم؛ لأنَّا أُمِرنا بتَرْكِهم وما يَدِينُون، فإذا أسلموا يجبُ التَّعرُّضُ، وتخييرُ "غَيْلانَ" و"فيروزَ" كان في التَّزوُّجِ بعدَ الفُرقةِ،

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/ب. وفيه: ((من عموم النكرة في النفي)).

(٢) أخرجه مالك ٥٨٢/٢ كتاب الطلاق ـ باب جامع الطلاق، وأحمد ١٤/٢-٤٤-٨٣، وعبد الرزاق في "المصنف" (١٢٦٢١)، والترمذي (١١٢٨) كتاب النكاح ـ باب في الرجل يسلم وعنده أختان، وقال: هذا حديث حسن، وابن ماجه (١٩٥٣) كتاب النكاح ـ باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، والطبراني في "الكبير" (١٣٢٢١)، والدارقطني ٢٦٩/٣ كتاب النكاح ـ باب المهر، والحاكم في "المستدرك" ١٩٢/٢-١٩٣، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٤٩/٧-١٨١، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٥٢/٣ و٢٥٣ كتاب الجنايات ـ باب الرجل يسلم في دار الحرب وعنده أكثر من أربع نسوة، وابن حبان (٤١٥٧) كتاب النكاح ـ باب نكاح الكفار.

(٣) أخرجه أحمد ٢٣٢/٤، وعبد الرزاق (١٢٦٢٧)، وأبو داود (٢٢٤٣) كتاب الطلاق ـ باب في الرجل أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان، والترمذي (١١٢٩) (١١٣٠) كتاب النكاح ـ باب في الرجل يسلم وعنده أختان، وقال: حديث حسن، وابن ماجه (١٩٥٠) و(١٩٥١) كتاب النكاح ـ باب الرجل يسلم وعنده أختان، والطبراني في "الكبير" ١٨/ (٨٤٤) و(٨٤٥)، والدارقطني ٢٧٣/٣ كتاب النكاح ـ باب المهر، والبيهقي في "السنن الكبرى" ١٨٤/٧ كتاب النكاح ـ باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، وابن حبان (٤١٥٥) كتاب النكاح ـ باب نكاح الكفار، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٢٥٥/٣ كتاب الجنايات ـ باب الرجل يسلم وعندهُ أكثر من أربع نسوة. كلهم من حديث الضحاك بن فيروز، عن أبيه رضي الله عنهما.

(بَلَغَتِ المسلمةُ المنكوحةُ و لم تَصِفِ الإسلامَ بـانَتْ) ولا مهـرَ قبـل الدُّخـول، وينبغي أنْ يُذكَرَ الله تعالى بجميعِ صفاتِهِ عندها وتُقِرَّ بذلك، و تمامُهُ في "الكافي"...

"ح"[1] عن "المنح"[2]. وقولُهُ: ((في التَّزوُّجِ بعدَ الفُرقةِ)) أي: التَّزوُّجِ بعَقْدٍ جديدٍ.

وما ذكرَهُ في نكاحِ البنتِ إنما هو إذا لم يَدخُلْ بواحدةٍ منهما، فـإنْ دخَـلَ بإحداهمـا ثـمَّ تَزوَّجَ الثَّانيةَ فنكاحُها باطلٌ؛ لأنَّ الدُّخولَ مُحرِّمٌ سواءٌ كان بالأمِّ أو البنتِ، وإنْ دخَـلَ بالثَّانيـة فقط فإنْ كانت الأمَّ بطَلَ نكاحُهمـا جميعـاً اتِّفاقـاً؛ لأنَّ [٣/ق١٥٨/أ] نكـاحَ البنـتِ يُحـرِّمُ الأمَّ، والدُّخولَ بالأمِّ يُحرِّمُ البنتَ، وإنْ كانت البنتَ فكذلك عندهما، إلاَّ[3] أنَّ له تَزوُّجَ البنتِ دونَ الأمِّ، وعند "محمَّدٍ" نكاحُ البنتِ هو الجائزُ وقد دخَلَ بهـا، وهـي امرأتُـهُ، ونكـاحُ الأمِّ بـاطلٌ، كذا في "البدائع"[4].

[١٢٦٨٨] (قولُهُ: بَلَغَتِ المسلمةُ) سَمَّاها مسلمةً باعتبارِ ما كان لها قبـلَ البُلُـوغ مـن الحكـمِ بالإسلام تبعاً للأبوين، ولذا قيل: سَـمَّاها "محمَّدٌ" مُرتـدَّةً. وقولُـهُ: ((بـانَتْ)) أي: مِـن زَوْجهـا؛ لأنَّها لم يَبْقَ لها دِيْنُ الأبوين لزَوَالِ التَّبعيَّةِ بالبلوغ، وليس لها دِيْنُ نفسِـها، فكـانَتْ كـافرةً لا مِلَّـةَ لها، كذا في "شرح التَّلخيص".

[١٢٦٨٩] (قولُهُ: وتمامُهُ في "الكافي"[5]) حيث قـال: ((مسلمٌ تَـزوَّجَ صغيرةً نصرانيَّـةً ولهـا أبوان نصرانيّانِ، فكَبِرَتْ وهي لا تَعقِلُ دِيْناً من الأديانِ ولا تَصِفُهُ، وهي غيرُ[6] معتوهةٍ، فإنَّها تَبِيْـنُ من زوجِها، وكذلك الصَّغيرةُ المسلمةُ إذا بَلَغَتْ عاقلةً، وهي لا تَعقِلُ الإسلامَ ولا تَصِفُهُ، وهي غيرُ

---

(١) "ح": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ق١٧١/ب، دون عزو إلى "المنح".

(٢) "المنح": كتاب النكاح ـ باب في بيان أحكام نكاح الكافر ١/ق ١٣٢/ب.

(٣) في "م": ((لا)).

(٤) "البدائع": كتاب النكاح ـ فصل: ثمَّ كلُّ عقدٍ إذا عقده الذِّمي كان فاسداً ٢/٣١٥.

(٥) انظر "الكافي": كتاب النكاح ـ باب نكاح الرقيق والكافر ق١٢٤/أ.

(٦) ((غير)) ساقطة من "الأصل".

....

معتوهةٍ، بانَتْ من زوجِها، كذا في "المحيط"، ولا مهرَ لها قبلَ الدُّخولِ، وبعدَهُ يجبُ المسمَّى، ويجبُ أنْ يُذكَرَ اللَّهُ تعالى بجميعِ صفاتِهِ عندها، ويقالَ لها: أهو كذلك؟ فإنْ قالت: نعم حُكِمَ بإسلامها، وإنْ قالت: أَعرِفُهُ وأَقدِرُ على وصفِهِ ولا أَصِفُهُ بانَتْ، ولو قالت: لا أَقدِرُ على وصفِهِ اختُلِفَ فيه، ولو عَقَلَتِ الإسلامَ و لم تَصِفْهُ لم تَبِنْ، وإنْ وَصَفَتِ المجوسيَّةَ بانَتْ عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف"، وهي مسألةُ ارتدادِ الصَّبيِّ)) اهـ "ط"[1].

وقولُهُ: ((ولو عَقَلَتِ الإسلامَ)) أي: قبلَ البُلُوغِ، مُحترَزُ قولِهِ: ((بَلَغَتْ))، وإنما لم تَبِنْ؛ لأنَّها مسلمةٌ تبعاً لأبويها قبلَ البُلُوغِ كما في "شرح التَّلخيص"، وبه استُدِلَّ على نفيِ وجوبِ أداءِ الإيمانِ على الصَّبيِّ، وتمامُهُ في أوَّلِ الفصلِ الثَّاني من "شرح التَّحرير"[2].

وفي سِيَرِ "أحكام الصِّغار"[3]: ((أنَّ قولَهُ: يَعقِلُ الإسلامَ ـ يعني: صفةَ الإسلامِ ـ يدلُّ على أنَّ مَن قال: لا إله إلاَّ الله لا يكونُ مسلماً حتَّى يَعلَمَ صفةَ الإيمانِ، وكذلك إذا اشترَى جاريةً واستوصَفَها الإسلامَ فلم تَعلَمْ لا تكونُ مؤمنةً، وصفةُ الإيمانِ ما ذُكِرَ[4] في حديثِ جبريلَ عليه السَّلامُ: «أنْ تُؤمِنَ با للهِ، وملائكتِهِ، وكتبِهِ، ورُسُلِهِ، واليومِ الآخرِ، والبَعْثِ بعدَ الموت، والقَدَرِ خيرِهِ وشرِّهِ من ا لله تعالى»[5])) اهـ، وقدَّمنا[6] في الجنائزِ مثلَهُ عن "الفتح"، [٣/ق١٥٨/ب] وا لله أعلم.

---

(١) "ط": كتاب النكاح ـ باب نكاح الكافر ٢/٨٧ـ٨٨ بتصرف يسير.

(٢) انظر "التقرير والتحبير": المقالة الثانية في أحوال الموضوع ـ الباب الأول في الإحكام ـ الفصل الثاني في الحاكم ٢/٩٠.

(٣) "جامع أحكام الصغار": في مسائل الردة ١/٢٠٨.

(٤) في "م": ((ذكره)).

(٥) تقدم تخريجه ٥/٣٢٢.

(٦) المقولة [٧٥٥٩] قوله: ((أي: ابن سبع سنين)).



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصحيفة

الموضوع	الصحيفة

الموضوع	الصحيفة

باب المهر

الموضوع	الصحيفة

باب نكاح الرقيق